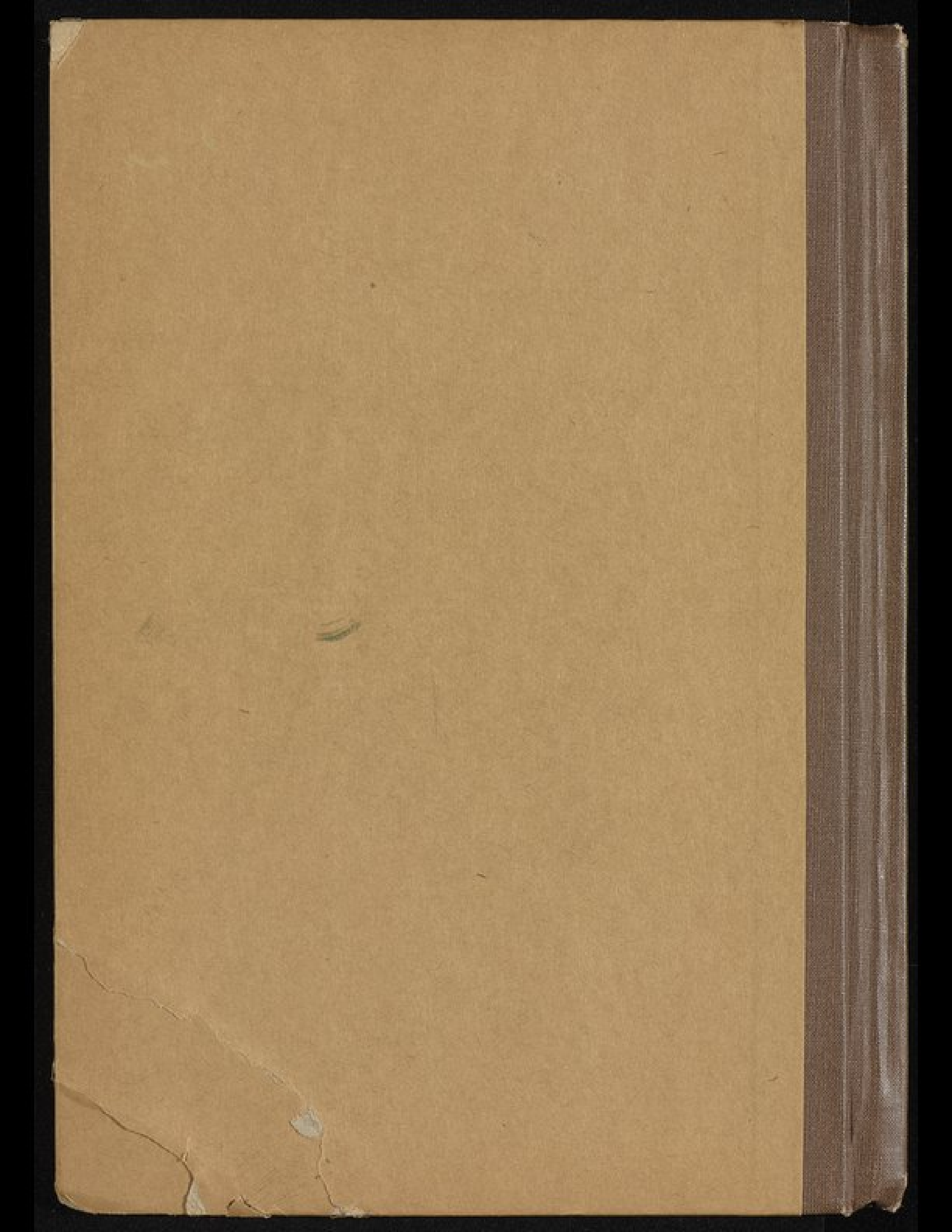
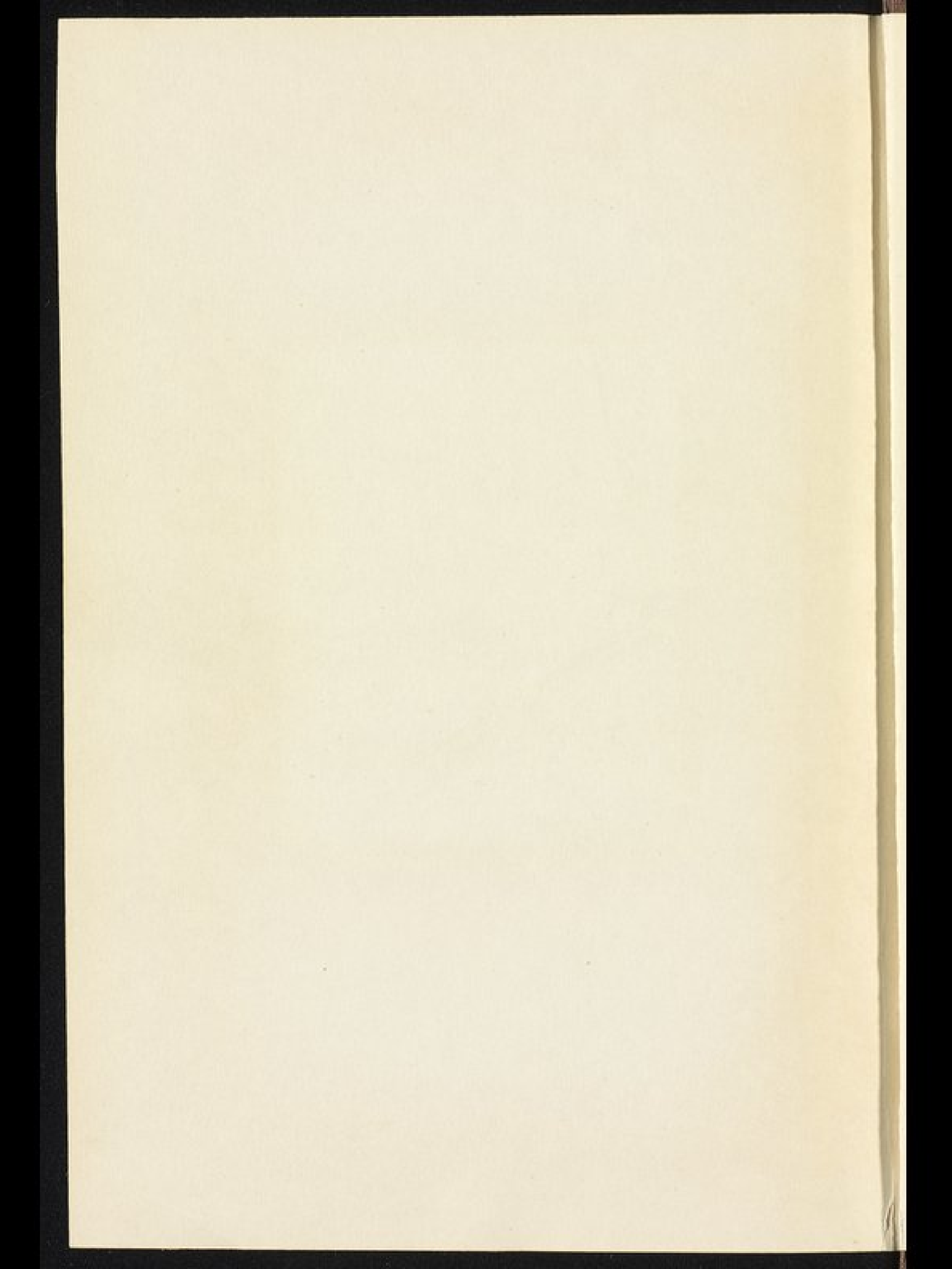
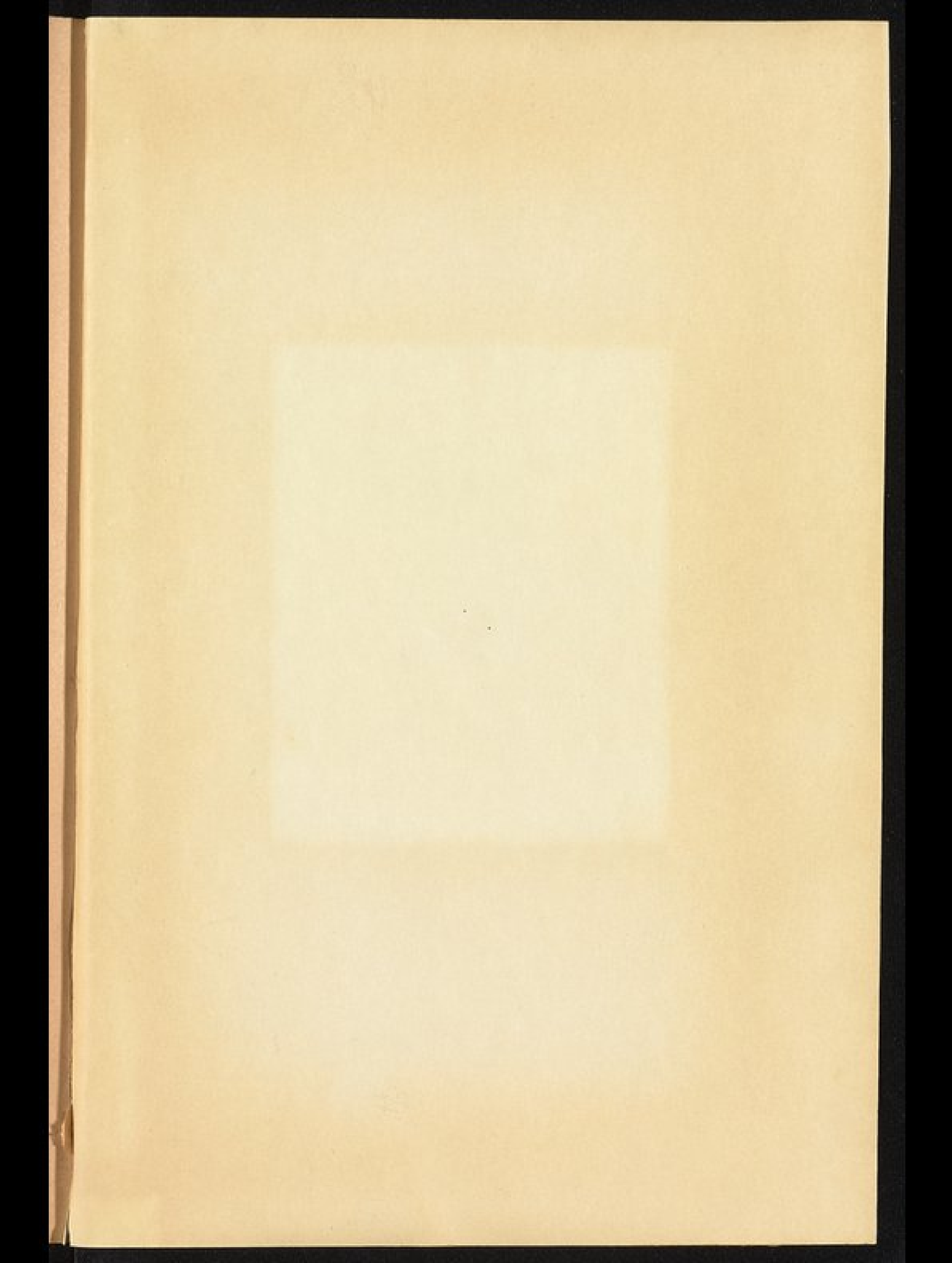



SIGILLVM · COLLEGII · COLVMBIAE · NOVI · EBORACI





أصول القانون

أو

المدخل لدراسة القانون

تأليف

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا
رئيس مجلس الدولة

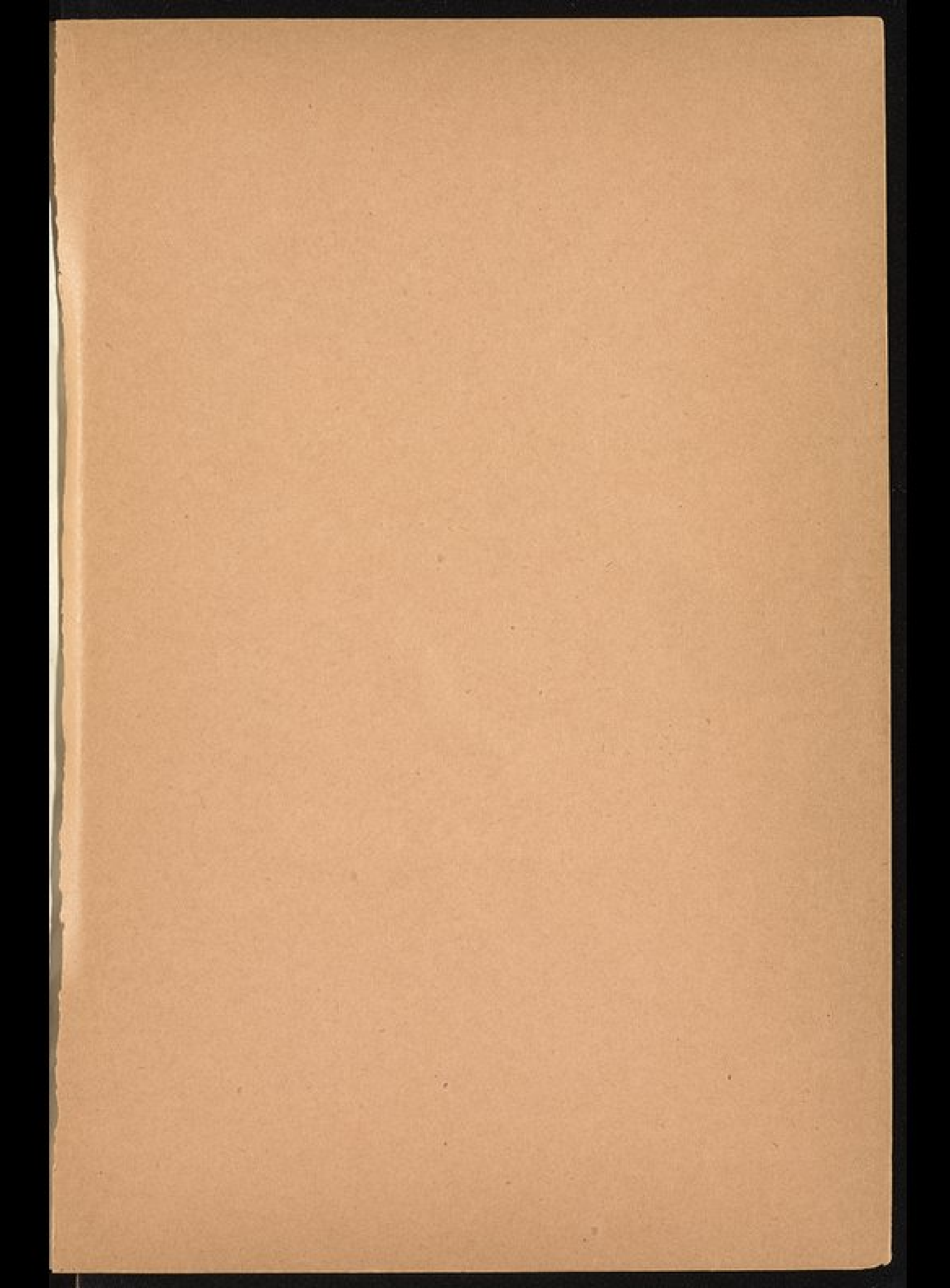
و

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

١٩٥٠



أصول القانون

أو

المدخل لدراسة القانون

تأليف

الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا
رئيس مجلس الدولة

و

الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق

القاهرة
مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر
١٩٥٠

مقدمة

الغرض من دراسة أصول القانون — عناية الأمم المختلفة بهذه الدراسة — التعريف بالقانون وخصائصه — ضرورته — نطاقه — اتصاله بالعلوم الأخرى — منهج البحث

---

§ ١ — الغرض من دراسة أصول القانون

١ — تحديد « علم أصول القانون » :

ليس هناك علم واضح المعالم ، بيّن الحدود يسمى علم أصول القانون . ولكن توجد دراسات تبحث فى القانون ، وفى نشأته وتطوره ، وفى طبيعته ومصادره وأقسامه . وقد عنيت الأمم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة وضعفاً . والفكرة التى يلتقى عندها الجميع هى محاولة رسم حدود واضحة لنظرية عامة فى القانون . ولما كان القانون يختلف باختلاف البيئة وباختلاف الجيل ، فقد اصطبغت هذه النظرية العامة بصبغات مختلفة ، وغلبت عليها إحدى نواح ثلاث :

الناحية التحليلية : وهى تبحث القانون كما هو فى الوقت الحاضر ، وتحلل عناصره ، متأثرة بقانون البيئة والجيل .

والناحية المقارنة : وهى لا تقف عند قانون معين ، ولا تتأثر ببيئة خاصة ، بل تقارن القوانين بعضها بالبعض الآخر ، وتستخلص من هذه المقارنة قواعد تتمشى على كل القوانين .

والناحية التاريخية : وهى تتعقب القانون فى مراحل تطوره ، وتتبعه فى تنقله

من جيل إلى جيل ، فتسجل قواعد نشوئه ونموه وتطوره .

على أنه ليس من السهل أن يقتصر الكاتب على ناحية من هذه النواحى الثلاث ، بل هو فى كثير من أبحاثه ينتظمها جميعاً[١] .

٢ — روح هذه الدراسة :

والغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه ، هو استيعاب المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون قبل الدخول فى دراسة التفصيلات . ولكل علم مقدمة هى المدخل الذى يوطئ السبيل إلى دراسته . فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون فى فروعه المختلفة .

وسندرس أصول القانون فى هذا الكتاب بروح نتوخى بها :

(أولاً) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون ، فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، ونفصل فروعه ، متجهين فى ذلك بخاصة إلى القانون المصرى والشريعة الإسلامية . ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين فى دراسة القانون . وهى الدراسة التى نزمع أن نجرى عليها فى هذا الكتاب ، وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو بالدراسة القانونية إلى درجة من التجريد والاستقراء المنطقى والتعمق العلمى تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعى فروعه وتفصيلاته ، ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم ، وهذا إنما يكون خاتمة للدراسة القانونية لا مقدمة لها[٢] .

---

(١) ومن الصعب أن يرسم حد فاصل دقيق بين « علم أصول القانون » و « علم القانون المقارن » و « تاريخ القانون » . فالمبادئ العلمية التى تستخلص من هذه الدراسات المختلفة تختلط بعضها بالبعض الآخر ، وتتضافر جميعاً فى رسم حدود واضحة لنظرية عامة فى القانون .

(٢) ويشير الأستاذ كابيتان فى كتابه «المدخل لدراسة القانون المدنى» (Introduction à l'Etude du Droit Civil) إلى أن هناك رأياً يذهب إلى إرجاء دراسة النظرية العامة =

(ثانيا) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التى توخيناها فى دراسة أصول القانون فى هذا الكتاب ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ الفلسفية والعلمية التى ترتكز عليها دراسة القانون . فإن الاقتصار فى هذه الدراسة على الجانب العملى من شأنه أن ينزع القانون من محيطه العلمى ، وأن يجعل رجال القانون ذوى حرفة لا يحتاجون فى تلقنها إلى معاهد علمية ، بل يكفى أن يقذف بالناشئ فى بحر الحياة العملية ، وهناك تتوافر له أسباب المران ، ولا يزال الإنجليز يستبقون هذه الطريقة فى تعليم القانون إلى جانب الطريقة الجامعية ، ولكن أكثر الأمم المتحضرة تعد الناشئ إعداداً علمياً فلسفياً قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، ذلك لأنه إذا فاته الإعداد العلمى فلا يعوضه عنه المران العملى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

§ ٢ – عناية الأمم المختلفة بدراسة أصول القانون

٣ – عناية الإنجليز والأمريكيين بهذه الدراسة :

عُنى الإنجليز والأمريكيون بدراسة أصول القانون عناية خاصة ، وقد تواضعوا على تسميتها « بعلم القانون » (Jurisprudence)[١] . وكثرت المؤلفات

= للقانون إلى ما بعد الدراسة التفصيلية لفروع القانون ، ويجيب على ذلك بالتفرقة التى تقول بها بين دراسة النظرية العامة للقانون كمقدمة ، وبين دراسة هذه النظرية كخاتمة (كابيتان : المدخل لدراسة القانون المدنى الطبعة الخامسة باريس ١٩٢٧ ص ١٦ — ١٧) .

وقد أشار الأستاذ جودبى كذلك إلى أن هناك ميلا فى الجامعات الإنجليزية إلى إرجاء دراسة « علم القانون » (Jurisprudence) إلى المرحلة الختامية فى الدراسة القانونية ، وناقش هذه الفكرة ، وبين مزايا البدء بدراسة «علم القانون» قبل البدء بالدراسة التفصيلية لفروع القانون (انظر جودبى : المدخل لدراسة القانون الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٢١ ص ٧ — ٨).
وقد بينا أن النظرية العامة للقانون يجوز البدء بدراستها كمقدمة ، كما يجوز الانتهاء بها كخاتمة ، ودراستها كمقدمة تكون بروح غير الروح التى تدرس بها كخاتمة .

(١) وهى كلمة مشتقة من كلمتين لاتينيتين معناهما العلم بالقانون ويطلق بعض المؤلفين =

الإنجليزية والأمريكية فى هذه الدراسة[١] ، بعد أن كانت نادرة[٢] . ويبدأ المؤلفون الإنجليز والأمريكيون عادة بتعريف « علم القانون » وتحديد نطاقه ، وتفريع أقسامه ، ويعنون بذلك عناية كبيرة[٣] .

ويظهر أن السر فى عناية الإنجليز والأمريكيين بدراسة أصول القانون ، هو أن القانونين الإنجليزى والأمريكى يستمدان معظم قواعدهما من أحكام القضاء ، وليس للفقه فيهما إلا مجال ضيق ، فاستعاض الفقهاء عن دراسة الأحكام التفصيلية للقانون بدراسه أصوله دراسة علمية فلسفية .

= الإنجليز والأمريكيين على هذه الدراسة عناوين أخرى منها : Science of Law (علم القانون) وهو العنوان السابق بألفاظ أخرى) و Theory of Law (نظرية القانون) و Philosophy of Law (فلسفة القانون) . ويتخصص البعض فى دراسة بعض المسائل كمصادر القانون (Sources of Law) وكطبيعة القانون (Nature of Law) . ومن المؤلفين من يتخذ عنواناً أكثر تواضعاً كالمدخل لدراسة القانون (Introduction to the Study of Law) .

(١) ومن كبار المؤلفين أوستن (Austin) وبنتام (Bentham) وإموس (Amos) وبرايس (Bryce) وجراى (Gray) ولايتوود (Lightwcod) وبولوك (Polloc) وهولاند (Holland) وسلموند (Salmond) وباوند (Pound) وجودبى (Goodby) . وهذا المؤلف الأخير وضع كتاباً قيما راعى فيه خصوصيات القانون المصرى ، عندما كان أستاذاً بمدرسة الحقوق الخديوية .

ومن حسنات الأمريكيين على هذه الدراسة تلك المجموعة النفيسة التى تنشر باسم « سلسلة الفلسفة القانونية الحديثة » (The Modern Legal Philosophy Series) ، وتتضمن ملخصاً لأهم نظريات فلسفة القانون فى فرنسا وألمانيا وإيطاليا وإنجلترا وروسيا وغيرها من البلاد الأخرى .

ويكثر الإنجليز من وضع المؤلفات فى تاريخ القانون ، ومن أشهر مؤلفيهم فى هذه الدراسة سامرماين (Summer Maine) .

(٢) ويشكو لايتوود (Lightwood) فى مؤلفه « طبيعة القانون الوضعى » (The Nature of positive Law) (لندن ١٨٨٣) من أن الأنجليز بدأوا متأخرين فى معالجة هذه الدراسة معالجة علمية ؛ وبعد بنتام وأوستن المؤلفين الأولين اللذين بدآ الجهود العلمية فى هذا السبيل (ص ١ وما بعدها) .

(٣) ويعرف هولاند « علم القانون » (Jurisprudence) بأنه العلم التحليلى للقانون الوضعى » (the formal science of positive law) (الطبعة الثانية عشرة سنة ١٩١٦ ص ١٣) ، ويفسر كيف أن « علم القانون » هو علم تحليلى بالمثل الآتى : هب أن شخصاً =

٤ — موقف الفرنسيين من دراسة أصول القانون :

لم يعن الفرنسيون بدراسة أصول القانون إلا منذ عهد قريب ، فقد كانوا طوال القرن التاسع عشر قانعين بتقنيناتهم ، يشرحونها على طريقة « مدرسة الشرح على المتون » (Ecole de l'Exégèse) ، وسيأتي ذكرها فيما يلي . ولم تكن دراسة القانون في الجامعات الفرنسية مشبعة بروح علمية فلسفية ، بل لم تكن هناك دراسة لأصول القانون ، إذ اقتصروا على الدراسة التفصيلية لفروع

= ألم بجميع قوانين أوروبا ، كل قانون منفصلا عن القانون الآخر ، فلو كانت هذه القوانين لا تجمعها وحدة مشتركة ، لما كان على هذا الشخص إلا أن يبقى في ذاكرته كل قانون دون أن يخلطه بالقوانين الأخرى . ولكن لما كانت هذه القوانين ترتكز جميعاً على أساس مشترك ، وقد وضعت جميعها لتنظيم روابط اجتماعية متماثلة ، فإن هذا الشخص يستطيع أن يستخلص مما جمعه من المعلومات عن القوانين المختلفة الغايات والطرق والمبادئ التي يشترك فيها الجميع . وهذا هو العلم التحليلي للقانون ، يشبه كثيراً علم النحو (الأجرومية) ، فإن هذا العلم يعبر عن صور فكرية تشترك فيها كل اللغات . فعلم القانون بالنسبة للقوانين المختلفة هو بمثابة علم النحو بالنسبة للغات المتنوعة . (انظر هولند في « علم القانون » ص ٧) . ويؤيد جودبي تعريف هولند « لعلم القانون » وتشبيه هذا العلم بعلم النحو (الأجرومية) (انظر جودبي : المدخل لدراسة القانون الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٢١ ص ٤ — ٧) . ونلاحظ أن تشبيه « علم القانون » بعلم النحو كان من شأنه أن يجعل لكل قانون علماً خاصا به ، كما أن لكل لغة نحواً خاصا بها ، ويكون « علم القانون » المشترك بين جميع القوانين (القانون المقارن) في مكان علم النحو المقارن .

ويقسم ساموند « علم القانون » إلى أقسام ثلاثة : علم القانون الوضعي (Civil Jurisprudence) ، وعلم القانون الدولي (International Jurisprudence) ، وعلم القانون الطبيعي (Natural Jnrisprudence) . ثم يفرع علم القانون الوضعي إلى فرعين : نظري (theoretical) ، وعملي (practical) . فالنظري هو العلم بالمبادئ الأولى للقانون الوضعي (كعناصر القانون ومصادره وفروعه ، والحق وأقسامه ومصادره وطرق انتقاله وطرق انقضائه والمسئولية المدنية والجنائية) . والعملي ينقسم إلى منهجي (systematic) ، ويبحث القواعد التفصيلية في قانون وضعي معين (legal exposition) ، وتاريخي (historical) ، ويبحث في نشوء القانون الوضعي المعين وتطوره التاريخي (legal history) ، وانتقادي (critical) وينظر في خير الوسائل لترقية القانون من طريق التشريع (The Science of legislation) . (انظر سالموند في علم القانون الطبعة السادسة لندن ١٩٢٠ ص ١ — ٧) .

القانون ، نزولا عند إرادة بونابارت ، فقد كان يكره أن يدرس القانون بروح فلسفية ، ويسم هذه الدراسة « بالخيال » (idéologie) احتقاراً ، ويعتقد أن دراسة تقنيناته بطريقة عملية كافية لدراسة القانون[١] . وجرت تقاليد الدراسة الجامعية من بعده على ذلك .

ثم بدأت الدراسات التاريخية والاقتصادية والفلسفية والاجتماعية تغمر دراسة القانون الجامعية فى أواخر القرن التاسع عشر ، حتى تأصلت وصار لها أساس ثابت . إلا أن دراسة « أصول القانون » ليس لها حظ كبير حتى الآن فى الدراسة الجامعية بفرنسا ، ففى أكثر الجامعات لا توجد دراسة تمهيدية لدراسة فروع القانون التفصيلية ، فيرى الطالب المبتدئ نفسه وجها لوجه أمام تفصيلات القانون ودقائقه ومصطلحاته الفنية دون تحضير سابق ، ودون إعداد علمى لذلك . ولا توجد دراسة تمهيدية للقانون إلا فى بعض الجامعات الكبرى ، وتعطى فيها هذه الدراسة بطريقة اختيارية وعلى نمط غير منظم . ولا يكاد يوجد إلا فى جامعة استراسبورج دراسة إجبارية منظمة « لعلم أصول القانون »[٢] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بنكاز (Bonnecase) فى كتابه : ما هى كلية القانون ؟ (Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit ?) الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣١ . وانظر أيضاً جاستون ماى (Gaston May) فى كتابه المدخل لعلم القانون (Introduction à la Science du Droit) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٣٢ (فى أول الكتاب عند التنبيه Avertissement ص ١ — ٢) .

(٢) ويختلف حظ طلبة القانون فى فرنسا عن حظ زملائهم طلبة الكليات الأخرى فى ذلك . فطالب الطب يمر بدراسة تمهيدية فى العلوم الطبيعية قبل دراسة العلوم الطبية . وطالب العلوم وطالب الآداب يكونان قد استوعبا عند الدراسة الثانوية مبادئ العلوم التى يتخصصان لها فى المرحلة الجامعية (انظر جاستون ماى : المدخل لعلم القانون — تنبيه ص ٢ — ٣) — انظر أيضاً فى تاريخ تدريس أصول القانون فى الجامعات الفرنسية فالير فى تدريس القانون فى فرنسا وفى الولايات المتحدة (مكتبة معهد القانون المقارن بجامعة ليون « إدارة الأستاذ لامبر » باريس ١٩٢٨ ص ٨٥ — ٨٧) .

ولكن الأمر يختلف فى التأليف العلمى عنه فى التدريس الجامعى ، فقد أحس الفقهاء الفرنسيون ، منذ أواخر القرن التاسع عشر ، أن الفقه الفرنسى فى ظل « مدرسة الشرح على المتون » أصبح لا يؤدى رسالته ، فنشط كثير من الفقهاء إلى تدوين المؤلفات القيمة فى فلسفة القانون ، وفى طرق البحث القانونى ، وفى تمحيص طبيعة القانون ومصادره ، وفى بحث الأساس الفلسفى العلمى الذى يرتكز عليه القانون . وقامت مدرسة علمية جديدة عوّضت ما فات فقهاء الأمس ، وملأت عالم الفكر القانونى بمؤلفات فى فلسفة القانون لا تقل فى الدقة والعمق عن المؤلفات الإنجليزية والأمريكية ، وتزيد عليها فى الترتيب المنطقى والوضوح[١] .

---

(١) والفرنسيون يكتبون عادة فى أصول القانون بعنوان « فلسفة القانون » (Philosophie du Droit) و « علم القانون » (Science du Droit) و « نظرية القانون » (Théorie du Droit) وقلما يكتبون بعنوان « المدخل لدراسة القانون » (Introduction à l'Etude du Droit) ، غير أن ثلاثة منهم وضعوا مؤلفاتهم بهذا العنوان الأخير ، وهم الأساتذة كابيتان (Capitant) ، (ومؤلفه مدخل لدراسة القانون المدنى) ، وجاستون ماى (Gaston May) وبنكاز (Bonneccae) .

ومن أعلام الفقهاء الفرنسيين الذين كتبوا فى فلسفة القانون أو فى بعض مسائلها بيدان (Beudant) وسالى (Saleilles) وديموج (Demogue) وهوريو (Hauriou) وديجى (Duguit) ولامبر (Lambert) وشارمونت (Charmont) وريبير (Ripert) ولفير (Le Fur) ورينار (Renard) وبنكاز (Bonnecase) وجاستون ماى (Gaston May) وكابيتان (Capitant) وجوسران (Josserand) وامانول ليفى (Em. Lévy) وليفى إيلمان (Lévy Ulmann) . وأحدث من كتب منهم هو الأستاذ روبيه (Roubier) فى كتابه « النظرية العامة للقانون » سنة ١٩٤٦ . كما برز من بينهم جنى (Gény) فقد وضع كتابين يعتبران عمدة الكتب الفرنسية فى فلسفة القانون وفى تحليله العلمى ، الأول فى طرق التفسير فى القانون الخاص ومصادر هذا القانون (Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif) ، والثانى فى القانون باعتباره علماً وصياغة (Science et Technique en Droit Privé Positif) .

وندع هنا جانباً علماء الاجتماع الذين اشتغلوا ببعض مسائل الفلسفة القانونية مثل فوييه (Fouillé) ودير كايم (Durkheim) وورمز (Worms) وتارد (Tarde) .

وللفرنسيين مجموعات قيمة فى فلسفة القانون ، تعاون فى كتابتها كثير من فقهائهم ، نذكر منها مجموعة المقالات التى وضعت لمناسبة العيد المئينى للقانون المدنى (Livre du Centenaire) ، ومجموعة المقالات التى وضعت لمناسبة العيد الخمسينى لجمعية التشريع المقارن (Livre du Cinquantenaire) ومجموعة المحاضرات التى ألقاها طائفة من الفقهاء بزعامة سالى فى طرق =

٥ – دراسة أصول القانون عند الأمم الأخرى .

ولا يقل فقهاء الألمان إنتاجاً علميا فى أصول القانون وفلسفته عن فقهاء الفرنسيين والإنجليز والأمريكيين ، بل هم سبقوا هؤلاء ، وعنهم أخذ فقهاء الإنجليز (ومنهم أوستن) وفقهاء الإيطاليين ، وتأثر بعض الفقهاء الفرنسيين بمذاهبهم الفلسفية . ويكفى للدلالة على علو كعبهم فى فلسفة القانون أنه يكاد يوجد عندهم لكل مذهب فلسفى فى القانون زعيم ؛ فسافينى (Savigny) زعيم المدرسة التاريخية ، وإيرنج (Ihering) زعيم مذهب الغاية الاجتماعية ، وكانت (Kant) ، وكاترين (Catherein) ، وستاملر (Stammler) ، وهيجل (Hegel) من زعماء مذهب القانون الطبيعى ، وكوهلر (Cohler) زعيم من زعماء المذاهب الميتافيسيكية . وفقهاء الألمان مشهورون بالدقة والتعمق فى شىء من الغموض . وهم يتقدمون إلى عالم القانون بفقيهين يبزان فقهاء القانون فى العالم فى القرن التاسع عشر ، هما سافينى (Savigny) و إيرنج (Ihering) .

وساهم الفقهاء الإيطاليون كذلك بنصيب كبير فى الحركة العلمية لفلسفة القانون ، وقد بدأوا يترجمون المؤلفات الألمانية ، وتأثروا بنوع خاص بنظريات كانت (Kant) ، وهيجل (Hegel) ، ثم استقلوا فى أبحاثهم العلمية ، ووجد فيهم الفقهاء الباحثون[1] .

= البحث القانونية (Méthodes Juridiques) ، ومجموعة المقالات التى جمعت لمناسبة تقاعد الأستاذ جنى (Recueil de Gény) ، وسلسلة الكتب التى تبحث مسائل مختلفة فى فلسفة القانون (Archive de Philosophie du Droit) ، وغير ذلك .

(١) من هؤلاء فيكو (Vico) وجيوبرتى (Gioberti) وروزمينى (Rosmeni) ودلفشيو (Del Vecchio) وروسى (Rossi) ومانشينى (Mancini) ومامياني (Mamiani) ولومبروزو (Lombroso) وپولتى (Poletti) وأرديجو (Ardigo) وفرى (Ferri) الخ الخ . ويقسمهم الأستاذ سير جون ماكدونل (Sir John Macdonell) أستاذ القانون المقارن بجامعة لندن إلى فريقين : الفقهاء الوضعيين (positivist) وينظرون إلى القانون نظرهم =

٦ — دراسة أصول القانون فى مصر .

وقد عنيت المعاهد العلمية فى مصر بدراسة أصول القانون . فلقيت هذه الدراسة عناية كبيرة فى مدرسة الحقوق فى عهد الأساتذة الإنجليز والأساتذة المصريين ، ثم قلّ شأنها عند ما تحوّلت المدرسة إلى كلية على النظام الفرنسى ، ثم عاد لها شأنها القديم فى النظام الأخير ، فأصبحت منهج عام كامل فى الدراسة القانونية . وهناك معاهد علمية أخرى ، غير كلية الحقوق ، تعنى بهذه الدراسة ، منها كلية الشريعة بالأزهر ، وكلية التجارة ، ومدرسة البوليس والإدارة .

أما المؤلفات التى وضعت فى هذه الدراسة فقليلة أولها مؤلف باللغة الإنجليزية[١] وضعه الأستاذ جودبى (Goodby) عند ما كان أستاذاً بمدرسة

= إلى الحقائق الواقعة ، والفقهاء المثاليين (idealist) ويدخلون فى القانون عامل المثل الأعلى مفرقين بين الواقع والواجب . وهؤلاء الأخيرون تأثر بعضهم بتعاليم هيجل (Hegel) وكوهلر (Kohler) ، والبعض الآخر بتعالم كانت (Kant) . (انظر المقدمة التى وضعها سير جون ماكدونل لترجمة الفقيه الإيطالى دلفشيو فى سلسلة الفلسفة القانونية الحديثة نمرة ١٠ ص ٢٩ — ٣١ — انظر أيضاً هذه السلسلة نمرة ٧ ص ٦١ هامش نمرة ٥) . ونحن نخص بالذكر دلفشيو .

وللبلچيكيين نشاط فى ميدان الفلسفة القانونية . وقد تأثر الفقه البلچيكى فى القرن التاسع عشر بفقيه بلچيكى كبير ، لوران (Laurent) ، وهو من مدرسة « الشرح على المتون » . ولكن فقيهاً آخر ، پيكار (Picard) ، أسس المدرسة العلمية فى الفقه البلچيكى ، وعارض بها مدرسة لوران . ومذهب پيكار فى فلسفة القانون مذهب وضعى مصبوغ بالصبغة النفسية . ونذكر من الفقهاء البلچيكيين ممن اشتغلوا بفلسفة القانون : روسل (Roussel) وهيفل (Heuvel) ، وهما من طلائع المدرسة العلمية ، وڤان دن بوش (Van den Bosche) وينزع إلى المدرسة التاريخية ، ودى باج (De Page) ومذهبه وضعى مادى ، وكورنيل (Cornil) ومذهبه وضعى نفسى ، وڤاندر ايكن (Vander Eycken) ودابان (Dabin) وليكليرك (Leclercq) ويتبعون المذاهب المثالية (انظر فى نشاط البلچيكيين العلمى فى الفلسفة القانونية بنكاز : مسألة القانون والفقه المدنى البلچيكى باريس سنة ١٩٣٠ : (Bonnecase : Problème du Droit et Science Belge du Droit Civil, Paris 1930.) .

وظهر لفقهاء الروس فى فلسفة القانون كتاب قيم للأستاذ كوركينوف (Korkunov) ترجم إلى الإنجليزية فى سلسلة الفلسفة القانونية الحديثة تحت نمرة ٤ .

(١) جودبى : المدخل لدراسة القانون (Goodby : Introduction to the Study of Law.) .

الحقوق فى عهد الأساتذة الإنجليز . وللمؤلفين المصريين مؤلفات ومذكرات باللغة العربية تستحق الذكر[١] .

٧ — قدر عناية الشرائع القديمة بأصول القانون :

القانون الرومانى : عُنى فقهاء الرومان بالقانون من حيث تفصيلاته وتطبيقاته عناية بزت عناية أية أمة أخرى . فالقانون الرومانى معروف بأنه أضخم وأجلّ قانون وضعه البشر : وقد اشتهر الرومان بدقة مصطلحاتهم الفنية ، ووضوح تقسيماتهم المنطقية ، ولطف ذوقهم القانونى ، دون أن ينحدروا إلى التعقيد والغموض[٢] . على أن تفوّق الرومان ظهر بنوع خاص فى الصياغة القانونيـة ، أما الفلسفة القانونية ، والفلسفة بوجه عام ، فلم يكن نصيب الرومان منها كبيراً . والـكتّاب والفقهاء الذين عنوا بذلك تأثروا بالمدارس اليونانية ، وبخاصة مدرسة الرواقيين . وقد عرض الرومان لمسائل فى فلسـفة القانون ، كالقانون الطبيعى ، وقانون الشعوب ، ومصادر القانون . ولـكن التفوّق الحقيق للرومان إنما كان فى ميدان الصياغة الفنية .

---

(١) نذكر منها : أصول القوانين للأستاذين محمد كامل مرسى وسيد مصطفى (القاهرة سنة ١٩٢٣) ، مقدمة القانون للأستاذ أحمد صفوت (القاهرة سـنة ١٩٢٤) ، دروس للأستاذ عبد المعطى خيال ، ودروس الأستاذ حلمى بهجت بدوى ، مقالة للأستاذ على بدوى (منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العددان الأول والثانى تحت عنوان (أبحاث فى أصول الشرائع) . مذكرات للأستاذ على إبراهيم الزينى (لطلبة كلية التجارة) . مذكرات للأستاذ محمد فؤاد مهنا (لطلبة مدرسة البوليس) . مذكرات للأستاذ السنهورى. ومذكرات للأستاذ حشمت أبو ستيت . هذا وقد ظهر أخيراً كتاب «مبادئ العلوم القانونية» للأستاذ محمد على عرفة سـنة ١٩٤٢ ، وكتاب « المدخل للعلوم القانونية » للأستاذ سليمان مرقص سنة ١٩٤٦ .

(٢) انظر شهادة بهـذا المعنى من أستاذ من أساتذة القانون الرومانى جاستون ماى فى كتابه المدخل لعلم القانون ص ١٥٠ .

الشريعة الإسلامية : وعُنى فقهاء الشريعة الإسلامية ، كفقهاء القانون الرومانى ، بالصياغة الفنية ، وتفوّقوا فيها تفوق الرومان ، فعرضوا للقانون فى تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانونى بلغ من الإحكام والدقة مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان . وقرّب بعض الفقهاء الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر ، واستخلص منها مبادئ عامة[١] .

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان — وعلى غير الرومان من الأمم التى تفوّقت فى القانون — بوضع علم أقرب ما يكون لعلم أصول القانون ، هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر . وهذا العلم يميز الفقه الإسلامى عن أى فقه آخر[٢] .

---

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر وكتاب أنوار البروق فى أنواء الفروق .

(٢) جاء فى مقدمة ابن خلدون عن علم أصول الفقه ما يأتى : « واعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة فى الملة . وكان السلف فى غنية عنه ، بما أن استفادة المعانى من الألفاظ لا يحتاج فيها إلى أزيد مما عندهم من الملكة اللسانية . وأما القوانين التى يحتاج إليها فى استفادة الأحكام خصوصاً ، فنهم أخذ معظمها ، وأما الأسانيد فلم يكونوا يحتاجون إلى النظر فيها ، لقرب العصر ، وممارسة النقلة ، وخبرتهم بهم . فلما انقرض السلف ، وذهب الصدر الأول ، وانقلبت العلوم كلها صناعة كما قررناه من قبل ، احتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل هذه القوانين والقواعد ، لاستفادة الأحكام من الأدلة ، فكتبوها فنا قائماً برأسه ، سموه أصول الفقه . وكان أول من كتب فيه الشافعى رضى الله تعالى عنه ، أملى فيه رسالته المشهورة ، تكلم فيها فى الأوامر والنواهى والبيان والخبر والنسخ وحكم العلة المنصوصة من القياس . ثم كتب فقهاء الحنفية فيه ، وحققوا تلك القواعد ، وأوسعوا القول فيها ، وكتب المتكلمون أيضاً كذلك . إلا أن كتابة الفقهاء فيه أمس بالفقه ، وأليق بالفروع ، لكثرة الأمثلة فيها والشواهد ، وبناء المسائل فيها على النكت الفقهية ، والتقاط هذه القوانين من مسائل الفقه ما أمكن . وجاء أبو زيد الدبوسى من أئمتهم ، فكتب فى القياس بأوسع من جميعهم ، وتمم الأبحاث والشروط التى يحتاج إليها فيه ، وكملت صناعة أصول الفقه بكماله ، وتهذبت مسائله ، وتمهدت قواعده ، وعنى الناس بطريقة المتكلمين فيه . وكان من أحسن ما كتب فيه المتكلمون كتاب البرهان لإمام الحرمين ، والمستصفى للغزالى ، وهما من الأشعرية ، وكتاب العهد لعبد الجبار وشرحه المعتمد لأبى حسين البصرى ، وهما من المعتزلة . وكانت الأربعة قواعد هذا الفن وأركانه =

وعُنى المسلمون بفلسفة القانون من سبل مختلفة ، فوضعوا علم الكلام وهو

= ثم لخص هذه الكتب الأربعة فحلان من المتكلمين المتأخرين ، وهما الإمام فخر الدين بن الخطيب فى كتاب المحصول ، وسيف الدين الآمدى فى كتاب الأحكام . واختلفت طرائقهما فى الفن بين التحقيق والحجاج ، فابن الخطيب أميل إلى الاستكثار من الأدلة والاحتجاج ، والآمدى مولع بتحقيق المذاهب وتفريع المسائل . وأما كتاب المحصول فاختصره تلميذه الإمام سراج الدين الأرموى فى كتاب التحصيل وتاج الدين الأرموى فى كتاب الحاصل ، واقتطف شهاب الدين القرافى منهما مقدمات وقواعد فى كتاب صغير سماه التنقيحات ، وكذلك فعل البيضاوى فى كتاب المنهاج ، وعنى المبتدئون بهذين الكتابين وشرحهما من الناس . وأما كتاب الأحكام للآمدى ، وهو أكثر تحقيقاً فى المسائل ، فلخصه أبو عمرو بن الحاجب فى كتابه المعروف بالمختصر الكبير ، ثم اختصره فى كتاب آخر تداوله طلبة العلم ، وعنى أهل المشرق والمغرب به وبمطالعته وشرحه ، وحصلت زبدة طريقة المتكلمين فى هذا الفن فى هذه المختصرات (وتبعهم على هذه الطريقة الشيخ ناصر الدين البيضاوى المتوفى سنة ٦٨٥ فى منهاج الوصول إلى علم الأصول ، والكمال بن همام المتوفى سنة ٨٦١ فى كتاب التحرير ، والشيخ محب الدين عبد الشكور المتوفى سنة ١١١٩ فى كتاب مسلم الثبوت : انظر كتاب بلوغ السول فى مدخل علم الأصول للأستاذ محمد حسنين مخلوف العدوى القاهرة سنة ١٣٥٢ هجرية ص ١٦٣) . وأما طريقة الحنفية فكتبوا فيها كثيراً ، وكان من أحسن كتابة فيها للمتقدمين تأليف أبى زيد الدبوسى ، وأحسن كتابة المتأخرين فيها تأليف سيف الإسلام البزدوى من أئمتهم وهو مستوعب . وجاء ابن الساعاتى من فقهاء الحنفية فجمع بين كتاب الأحكام وكتاب البزدوى فى الطريقتين ، وسمى كتابه بالبدائع ، فجاء من أحسن الأوضاع وأبدعها . وأئمة العلماء لهذا العهد يتداولونه قراءة وبحثاً ، وولع كثير من علماء العجم بشرحه ، والحال على ذلك لهذا العهد » (ابن خلدون ص ٥٠٧ — ٥٠٩) .

وجاء فى كتاب بلوغ السول فى مدخل علم الأصول للأستاذ مخلوف العدوى ص١٦٣ — ١٦٥ ما يأتى : « موافقات الإمام الشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠ ، وهو من أجل ما ألف فى هذا الفن ... ويقرب منه كتاب الفروق للإمام شهاب الدين القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ . . . وقد وضع . . . كما قال شيئاً كثيراً مفرقاً فى أبواب كتاب الذخيرة ، ثم جمعه ، وزاد فى تلخيصه وبيانه والكشف عن أسراره وحكمه ، وضم إليه قواعد أخرى ، حتى بلغ مجموعها خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، وأوضح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع الفقهية ، وسماه أنوار البروق فى أنواء الفروق ، وهو كتاب جليل فى بابه ، لم ينسج على منواله ناسج . ومن مقاصد الشريعة الكلية تستمد جزئيات التعاليل الفقهية التى تذكر فى كتب الفروع ، وترجع إليها كما ترجع الأدلة التفصيلية إلى قواعدها الكلية . فيزة هذين الكتابين عن سائر كتب الأصول جمعها لدلائل الفقه الإجمالية ، ومقاصد الشريعة الكلية ، بما يتوقف عليه الفقه باعتبار الأدلة التفصيلية والتعاليل الجزئية ... ومنهم من لم يتعرض للاستدلال فى غالب المسائل ، وهؤلاء منهم من أكثر من الأمثلة والشواهد المتنوعة على تلك الأصول ، وهى طريقة الفقهاء ، ومنهم من لم =

متصل بالقانون العام . وانقسموا إلى فرق ، وأثر هذا الانقسام فى مذاهبهم الفقهية ، فمن أشعرية ، إلى معتزلة ، إلى زيدية ، إلى إمامية ، إلى شيعة بوجه عام ، ولكل فرقة من هؤلاء أسس فلسفية ، بنوا عليها مذاهبهم الفقهية .

§ ٣ — التعريف بالقانون وخصائصه

٨ — تعريف مبدئى :

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية والتى تقسر الدولة الناس على اتباعها ، ولو بالقوة عند الاقتضاء .

٩ — خصائص القانون :

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثاً :

١ — فهو قاعدة .

٢ — تنظم الروابط الاجتماعية .

٣ — يصحبها جزاء توقعها الدولة .

١٠ — فهو أولا قاعدة .

وللقاعدة مميزان ؛ العموم والتجريد .

فالقاعدة عامة (générale) باعتبار أنها تنطبق على جميع من يتوجه إليهم

= يكثر من ذلك ، بل اقتصر على ذكر مسائل الأصول وما فيها من الخلاف مجردة عن الأدلة والشواهد كصاحب جمع الجوامع الإمام تاج الدين عبد الوهاب المشهور بابن السبكى المتوفى سنة ٧٧١ ، فرغ من تأليفه سنة ٧٦٠ ، وذكر أنه جمعه من زهاء مائة مصنف مشتمل على زبدة ما فى شرحيه على مختصر ابن الحاجب والمنهاج ، ثم علق عليه ماهو كالشرح له وسماه منع الموانع (انظر أيضاً الكتاب ذاته ص ١٦٥ — ١٦٨ فى بيان الكاتبين على جمع الجوامع) .

خطابها ، فهى لا توضع لعمل واحد أو لشخص معين بالذات ، وإلا كانت أمراً ، كالأمر الإدارى بتعيين موظف معين أو بإغلاق مصنع ، أو كالحكم القضائى بإلزام شخص بأمر معين ، وإنما هى من الشمول بحيث تنتظم كل الأعمال التى تحكمها والأشخاص الذين تحكمهم .

على أنه ينبغى ألا يفهم العموم بمعنى أن القاعدة يجب أن تنطبق حتما على جميع من تقلهم أرض الدولة أو على سائر الأعمال التى تصدر منهم ؛ فقد يقتصر الأمر على تنظيم التصرفات الصادرة فى مرض الموت مثلا ، أو حوادث العمل ، كما أنها قد تنطبق على طائفة من الأشخاص ، كطلبة الجامعة أو الجنود أو العمال أو التجار ، دون أن تفقد القاعدة لهذا أو لذاك معنى العموم ، بل لا مانع يمنع من أن يكون المطبق عليه القانون شخصاً واحداً ، كالقانون الذى ينظم وراثة العرش . ذلك أن المقصود بعموم القاعدة هو أن يتوجه خطابها إلى فئة من الناس لا يحصرها عد ، يتحدد أفرادها بصفاتهم لا بذواتهم ، ولذا كانت القاعدة التى تنظم وراثة العرش قانوناً ، لأنها لا تختص برئيس معين للدولة ، بل تسرى على كل من يلى العرش . فالفرد هنا منظور إليه بصفته لا بذاته .

والضابط فى كل ذلك ألا تقتصر القاعدة على حالة معينة أو على شخص بالذات .

والقاعدة فى الوقت عينه مجردة (abstraite) ، بمعنى أن القاعدة تنشىء منذ وجودها مركزاً أو وضعاً لا ينظر فيه إلى شخص معين أو إلى واقعة معينة ، ولذا فإن أحكامها تنطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروطها . فالقاعدة الخاصة بفرض الخدمة العسكرية الإجبارية على كل ذكر بلغت سنه الحادية والعشرين وتوفرت فيه شروط جثمانية معينة لا تتحدد عند نشوئها بشخص أو بأشخاص معينين ، وإن انطبقت فيما بعد على كل من تقوم به شروطها ، وهكذا .

والواقع أن العموم والتجريد فكرتان متلازمتان ، أو هما وجهان لخصيصة واحدة ، غاية الأمر توصف القاعدة بالتجريد إذا ما نظر إليها عند نشوئها ، وتوصف بالعموم إذا ما نظر إليها من حيث أثرها عند التطبيق .

وعموم القاعدة وتجريدها مؤديان حتما إلى إقامة النظام فى المجتمع واستقراره . ذلك أن انطباق القاعدة على الوقائع المتماثلة والأشخاص المتماثلين ، وانطباقها كل مرة على النحو الذى طبقت به من قبل ، كفيل بأن يوجد فى المجتمع نظاماً متناسقاً لا يختل . وهذا هو أوضح معانى القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ؛ والجامع بينهما هو النظام ، إلا أن ثمة فارقاً جوهريا بينهما ؛ ذلك أن القواعد القانونية تطاع عن شعور و إرادة ، يطيعها الإنسان وهو يملك عصيانها متحملا جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهى لا تملك إلا طاعتها ؛ فقانون الجاذبية تطيعه كل الأجسام ، وليس لها بد من هذه الطاعة .

١١ — والقانون ثانياً قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية :

فالقانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشرى ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والإنسان المنفرد — روبنصون كروزو ، أو حى بن يقظان ، على فرض وجوده — لا تربطه رابطة بغيره حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة . على أن الإنسان المنفرد ليس إلا فرضاً فلسفيا لا حقيقة له ، فالإنسان يولد فى المجتمع ولا يعيش إلا فى المجتمع .

والقانون إنما يعنى بالروابط الاجتماعية ، والرابطة تستلزم قيام مظهر خارجي بين الأفراد حتى تعن الحاجة إلى ضبطه وتنظيمه ، وما لم يقم هذا المظهر فلا شأن

للقانون . من أجل هـذا لم يكن للقانون شأن ما بعالم النية والضمير الذى تحكمه قواعد الأخلاق أو الدين .

ولنلاحظ ، بهذه المناسبة ، أن القانون فى تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية (but utilitaire) هى إقامة النظام واستقراره فى المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يحيد أحياناً عن مقتضى قواعد الأخلاق والدين . فالقانون مثلاً يقر لمن يضع يده على عقار بنية الملك مدة خمس عشرة سنة بملكيته لذلك العقار حتى لو كان غاصباً ، كما أنه يقضى بسقوط الحقوق بالتقادم[١] ، إذ يرى أن ذلك أدنى إلى قيام النظام فى المجتمع مجاوزاً ما تقضى به قواعد الأخلاق فى هذا الخصوص .

١٢ — والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوى توقعه الدولة :

وهـذا هو الأمر الجوهرى الذى يميز قواعد القانون عن قواعد الدين والأخلاق ، والجزاء هو الوسيلة التى تملكها الدولة لضمان احترام قواعد القانون .

والجزاء فى وضعه الحاضر إما أن يكون جزاء جنائيا (يقصد به الزجر) يقع (فيما عدا الغرامة) على جسم المخالف زجراً له وردعا ، ويتدرج من الغرامة إلى الحبس إلى السجن إلى الأشغال الشاقة إلى الإعدام . وإما أن يكون جزاء مدنيا (يقصد به الجبر) عند ما يجبر المدين على تنفيذ حق للدائن قبله ، يستوى أن يكون التنفيذ عيناً (تنفيذ ذات الالتزام) ، أو بمقابل (أى عن طريق التعويض) ، كما قد يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقانون (بيع مخدر مثلاً) أو حسن الآداب (كالاتفاق بين رجل وامرأة على إنشاء علاقة غير شرعية) .

---

(١) كما أن القانون يسمح بالفائدة خلافا لما يقضى به الدين من تحريم الربا ، كما أنه من حيث الإثبات قد يخفق صاحب الحق فى إثبات حقه لمجرد أنه لم يحصل على دليل كتابى .

ولنلاحظ هنا ملاحظة أساسية ؛ تتلخص فى أن جسم الإنسان — وخلافا لما كان عليه الحال قديماً — إذا كان يسأل جنائيا بمعنى أن العقاب يرد عليه مباشرة فإنه لا يمكن أن يكون مسئولا مدنيا ، أى عن ديونه ، لأن المسئول عنها هى أمواله . فإذا استدان شخص من آخر ولم يوفه دينه فلا وسيلة للدائن لاقتضاء حقه عن طريق إكراهه بدنياً ، وإنما سبيله الوحيد هو التنفيذ على ما قد يكون لديه من مال (أمواله الحاضرة والمستقبلة وهو ما يعبر عنه بالذمة المالية) .

ولا بد لكل قاعدة قانونية من جزاء ، وإلا فلا تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح بالرغم من نص القانون عليها ، بل تعتبر فى هذه الحالة محض نصيحة يستطيع الشخص ألا يعبأ بها . على أنه يلاحظ أن احترام القانون لا ينشأ دائماً من الخوف من توقيع الجزاء ، بل كثيرا ما يصدر ذلك عن شعور الناس ونظرهم إلى القانون باعتباره ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام الاجتماعى والسير بالجماعة فى طريق التقدم ، وكلما ارتقت الأمة كلما تغلغلت هذه العقيدة فى نفوس أفرادها وزاد استمساكهم بأحكام القانون ، دون نظر إلى ما يمكن أن يوقع من جزاء . لكن هذا القول لا يقلل شيئاً من دور الجزاء ؛ ذلك أن ما يهم ليس هو فى أن القاعدة القانونية تطاع عن إرادة وشعور بلزومها أو لا ، إنما المهم هو أن يكون معروفاً سلفاً أنه إذا لم يتبعها الفرد طواعية فإن جزاءها واقع حتما عليه .

§ ٤ — ضرورة القانون

١٣ — يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، إذ أن الإنسان لا يعيش إلا فى المجتمع كما قدمنا ، فإن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ، ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

والفرد فى المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، وإلا تعارضت حريته مع حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ، ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكن تحقيقها جميعاً ، هذا هو الذى يستلزم وجود القانون[(١)] .

وجود القانون إذن فى المجتمع حقيقة ، وحقيقة أزلية ، لا يقدح فيها كون القانون قد نشأ فى أول العهد على نحو بدائى ، فى شكل عرف ، يقوم على تنفيذه رئيس الرهط أو القبيلة ، قبل أن نرقى إلى التشريع ، وقبل أن توجد الهيئات الحديثة التى تقوم على إنفاذ أحكامه .

---

(١) ولنحاول هنا أن نتصور كيف نشأت فكرة ضرورة القانون عند الإنسان :
الإنسان وقد وهب الحياة يسعى بغريزته فى أن يحافظ عليها وأن يقوى . فجهوده منذ بدء الخليقة تنحصر فى رغبته فى أن يعيش وفى أن يحسن وسائله فى العيش . وحتى يصل إلى تحقيق غرضه هذا ، بدأ بإخضاع الطبيعة التى يعيش فى بيئتها . ولكن الإنسان لا يعيش بمفرده ، بل عاش فى كل الأزمان مدفوعاً بطبيعته فى جماعات . وفى داخل الجماعة ليس فرد بذاته هو الذى يريد أن يعيش وينمو ، وإنما حوله أفراد آخرون يريدون فى الوقت ذاته وفى الظروف ذاتها أن يعملوا ما يعمله بذات الطرق التى يتبعها ، ومن ثم تقوم المنافسة على الحياة . وهذه المنافسة تستتبع حتما قيام المنازعات ، وهذه هى الفوضى بعينها . وحالة كهذه لا يمكن أن تدوم ، إذ أنه فى جماعة كهذه يموت الضعيف ، واستمرارها على هذا النحو يؤدى بها إلى الخلل والاضطراب . ولكن لما كان الإنسان ، مدفوعاً بغريزته ، فى حاجة إلى البقاء والعيش فى المجتمع ، كان لا بد له من البحث عن وسيلة يضمن بها بقاءه . ولما كان التنافس على الحياة لا محيص عنه هو الآخر ، كان حتما عليه أن يبحث عن طريقة تجعل هذا التنافس سلمياً ، أو على الأقل تخفف من شدته . عندئذ جالت فى فكر الإنسان عاطفة غامضة ، أخذت تتحدد تدريجاً ، وفهم فى النهاية وبعد تجارب عدة قاسية ، أنه إذا أراد أن يوفق بين حاجتيه ، فيعيش فى جماعة ويحل السلم محل الحرب ، وجب عليه أن يتنازل عن شىء من حريته المطلقة ، وبذا يمكنه أن يتمتع بحريته ، وفى ذات الوقت يسمح للآخرين بأن يتمتعوا بحريتهم بذات الشروط . ذلك أن التنازع ما بين الحريات المختلفة لا يمكن أن يحل إلا بتحديدها ، وهذا التحديد يفرغ فى شكل قواعد يجب على كل فرد أن يتبعها فى علاقاته مع الآخرين ، فلا يعتدى على حياة غيره ، ولا يسرق ماله ، الخ ، ومن هذه القواعد يتكون القانون .

§ ٥ — نطاق القانون

١٤ — القانون والدين والأخلاق :

ليست قواعد القانون وحدها هى التى تحكم تصرفات الإنسان فى المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها فى أنها حد على الحرية الفردية ، هذه القواعد الأخرى إما يفرضها الدين أو الأخلاق ، أو تفرضها قواعد السلوك والمجاملات .

وأهم ما يميز قواعد الدين عن قواعد القانون أن الجزاء فيها أخروى ، أى يوقع فى الحياة الآخرة .

وأهم ما تتميز به قواعد الأخلاق عن قواعد القانون ، أن الجزاء فيها يتولى توقيعه الرأى العام ، إذ هو سخط المجتمع وذمه .

وما دامت تصرفات الإنسان تخضع لقواعد أخرى غير قواعد القانون ، فقد وجب أن نميز بينها بأن نحدد نطاق القانون بالنسبة لغيره[١] ، ونكتفى فى هذا بأن نحدد نطاقه بالنسبة لقواعد الأخلاق .

لا شبهة فى أن القانون يتصل بالأخلاق بأوثق صلة ، إذ يقوم الكثير من

(١) إنما يلاحظ أن المناطق المختلفة للقانون والأخلاق والدين لا تفصل بينها حدود لا يمكن تجاوزها ، بل على النقيض من ذلك هى فيما بينها شديدة الاتصال . ذلك أن للدين والأخلاق أثراً كبيراً فى تكوين القواعد القانونية ، إذ تتحول فى كثير من الأحيان بعض قواعدهما إلى قواعد قانونية ، متى وضعت الدولة لها جزاء دنيويا وأخذت الناس باحترامها . ولكن مهما زاد تأثر القانون بقواعد الأخلاق ، فسوف يبقى بينهما فارق جوهرى هام ، ذلك أن القانون لا يعنى بالنية والباعث ، بالأقل إذا لم يدل عليها مظهر خارجى ، خلافاً لقواعد الأخلاق التى تحكم على الشخص من محض النية ، لأنها تنزع بالإنسان إلى الكمال . كما أن القانون من جهة أخرى قد يضحى فى بعض الأحوال بما تمليه تلك القواعد ، عند ما يرى أن المصلحة العامة تقضى بذلك ، كما رأينا فى التقادم وقواعد الإثبات مثلا .

قواعده على مبادئ أخلاقية . ألا ترى — وهـذا ليس إلا على سبيل التمثيل — أن جل الجرائم إنما تقوم على مخالفة مبادئ خلقية ، كما أن القاعدة العامة التى تقضى بوجوب الوفاء بالالتزام إن هى إلا قاعدة خلقية .

و إذن فالقانون والأخلاق يجمع بينهما نطاق مشترك ، لـكننا لا نـكاد نفرغ من قولنا هذا حتى تتكشف لنا بينهما أوجه خلاف ثلاثة نجملها فيما يلى :

(أولا) من حيث دائرة كل منهما : فدائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون ، إذ الأولى تشمل واجب الإنسان نحو الله وواجبه نحو نفسه وواجبه نحو الغير ، وهى تعنى بالمقاصـد والنوايا إلى حد كبير . أما دائرة القـانون فلا تشمل إلا واجب الإنسان نحو الغير ، وهى بعدُ لا تشمل إلا بعض هذا الواجب ، إذ أن من واجب الإنسان نحو الغـير ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه إلى الضمير ، كالنيات المستترة ، ومنه ما يتعذر وضع جزاء دنيوى له ، كالصدق والوفاء ، ومنـه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى . وهـذا الأخير قسمان ؛ قسم يرى المجتمع أن من المناسب أن يوضع له جزاء ، وقسم لا يرى المجتمع له ذلك ، فالقانون لا يعنيه من أعمال الإنسان إلا ما كان لازما لقيام المجتمع . هذا إلى أن القانون لا شأن له بمـا يختلج فى الضمير ، إذ هو لا يعنى ، كما قدمنا ، إلا بالمظهر الخارجى ، وحتى إن هو عنى بالنية ، كما فعل فى كثير من المسائل (كعيوب الرضا وحسن النية وسوئها فى وضع اليد وفى القتل وغيره من الجرائم) ، فإنه لا يعنى بها إلا بعد أن يوجد من الشواهد والأمارات ما يدل عليها .

على أنه يجب ألا نغفل ، ونحن بصدد تحديد دائرة كل من الأخلاق والقانون ، عن الإشارة إلى أن ثمة منطقة ينفرد بهـا القانون ولا شأن للأخلاق فيها ، كقوانين الضرائب ومخالفات المرور أو التنظيم الخ .

(ثانيا) من حيث الجزاء ؛ فجزاء القواعد القانونية جزاء مادى توقعه الدولة بما لديها من وسائل القهر ، أما جزاء القواعد الأخلاقيـة فهو إما وخز الضمير أو سخط المجتمع .

(ثالثا) من حيث الغاية ؛ فالقانون ، كما قلنا ، يتوخى غاية نفعية هى حفظ النظام فى المجتمع وتحقيق العدالة القانونية فيه ، أما الأخلاق فغايتها مثالية ، إذ هى تنزع بالإنسان نحو الكمال .

على أنه مهما يكن من وجوه هذا الخلاف ، فثمة حقيقة ماثلة ، هى قوة الصلة التى بين القانون والأخلاق والتى سلفت الإشارة إليها ؛ ذلك أن القانون فى تطوره إنما يتجه نحو التزيد من استلهام مبادئ الأخلاق و إنشاء قواعده وفقها ، وقد بات مشاهدا أنه كلما تقدمت الإنسانية كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق ، فتدخل طائفة من الواجبات الخلقية فى دائرة القانون (فمثلا مساعدة المرضى والعجزة من العمال هى فى الأصل واجب خلقى على رب العمل ، أصبحت واجبا قانونياً فى كثير من البلاد) . ولـكن رغم هذا التقرب الشديد بين القانون والأخلاق ، لا ينبغى أن نتصور ، كما زعم البعض ، إمكان تحقيق المطابقة التامة بين قواعدهما ؛ فالقانون غايته نفعية فى حين أن غاية الأخلاق مثالية ، وهذا وحده كاف لأن يجعل كلا من القانون والأخلاق محتفظاً باستقلاله .

١٥ — تحديد دائرة القانون :

و إذا كان القانون لا يتضمن من واجبات الانسان إلا واجبه نحو الغير ، بل بعض هـذا الواجب ، وهو الذى يمكن أن يوضع له جزاء دنيوى ، بشرط أن يكون ذلك مناسباً فى نظر المجتمع ، فقد بقى أن نعرف كيف يتحدد المناسب فينظمه القانون وغير المناسب فيتركه ؟ الجواب عن ذلك يختلف بحسب ما إذا كانت النظرة الفردية أو النظرة الاشترا كية هى السائدة .

١٦ — النظريات الفردية والاشتراكية[(١)] :

فالنظرة الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل فى شئون الفرد وحريته إلا بالقدر الضرورى ، فتضيق دائرته . والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل إلى أقصى حد ممكن فى حرية الفرد ، فتتسع دائرته .

ولنتكلم عن هذين المذهبين باختصار فيما يلى :

(أولا) المذهب الفردى (Doctrine individualiste) : يستند هذا المذهب فى أساسه إلى مذهب القانون الطبيعى والذى ستأتى الإشارة إليه ، وهو يقدس حرية الفرد ويقيم القانون على ما للفرد من حقوق طبيعية . ولما كانت الحقوق لا تتقرر إلا للأفراد ، وكانت حقوق الفرد سابقة على القانون لأن الفرد يولد بها وقبل أن يوجد القانون ، كان للفرد إذن أن يفيد من نشاطه وأن يستأثر وحده بثماره . والقانون لم يوجد إلا ليوفق بين الحقوق الفردية المختلفة كفالة لوجودها واحترامها معاً ، ذلك لأن تمتع الأفراد جميعاً بحقوقهم لا يمكن أن يتحقق إلا إذا قيدت تلك الحقوق على سبيل التبادل ، لكن دون أن يجاوز ما يرد عليها من قيود القدر الضرورى لضمان حرية الجميع وحقوقهم . و إذا ما حقق القانون ذلك فقد أدى رسالته ، وليس له بعد ذلك أن يتدخل فى شئون الفرد فيلزمه بالمساهمة فيما يعود على المجتمع مباشرة بالفائدة .

---

(١) راجع روبييه « النظرية العامة للقانون » فى الفصل الذى عنوانه « غاية القواعد القانونية » وخاصة فقرة ٢١ ص ١٨٩ ، وأخطار الفردية ص ١٩٤ ، وفقرة ٢٢ ص ١٩٧ ، وأخطار الاشتراكية ص ٢٠٥ ، وفقرة ٢٣ ص ٢٠٨ ، وفقرة ٢٤ ص ٢١٤ وخاصة فقرة ٢٧ ص ٢٣٠ .

فكأن دور القانون فى الواقع دور سلبى[١] .

وظاهر أن هذا المذهب يعمل على التضييق من دائرة القانون ، وما القانون فى نظره إلا شر يجب العمل ما أمكن على توقيه بحصره فى أضيق دائرة ممكنة ، والمثل الأعلى فى نظر هذا المذهب هو أن يطلق للنشاط الفردى أوسع مدى[٢] .

تقدير هـذا المذهب : لا شك فى أن لهـذا المذهب الفضل فى أنه بين فى وضوح أن احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى من الشروط الأساسية لتقدم الجماعة .

لـكنه تنكب طريق الحق عند ما بالغ كثيراً فى الاهتمام بالفرد والعناية به ، فجعل منه المحور الذى يرتكز عليـه القانون ، وافترض أن الإنسان كائن يعيش وحيداً له حقوق وهو على تلك الصورة ، وهذا أساس خاطئ . فالفرد ليس له حق إلا فى المجتمع وبالمجتمع ، أما هو كفرد منعزل فإن القانون لا شأن له به ، بل إن فـكرة القانون لا تتولد عنـد الإنسان إلا عند ما توجد الجماعة البشرية ، فتكون هى محور القانون ، ولذلك تعلو الروابط الاجتماعية على الفرد ويسود الصالح العام الصالح الخاص . وهذا هو الأساس الذى قام عليه المذهب الآخر .

(ثانيا) المذهب الاشتراكى (Doctrine Socialiste) :

---

(١) وقد قال البعض معترضاً بأن التزام الدولة الوحيد فى نظر هـذا المذهب هو تحقيق النوم الهادئ للمواطنين تماما كما يفعل حارس الليل (روبييه المرجع السابق ص ١٩٤) .

(٢) وفى دائرة الاقتصاد قام مذهب الفزيوقراط (الطبيعيون) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعيا . ويتلخص مذهبهم فى عبارتين Laissez passer و Laissez faire (دع الأمور تجرى) و (دع الأشياء تنتقل) . ويراد بذلك إطلاق الحرية فى العمل وجعل التجارة حرة من القيود الجمركية . ويذهبون إلى أنه لو ترك الأفراد أحراراً فى نشاطهم وفتحت أبواب المنافسـة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستـقر وتتحدد الأسعار ، من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمى يمليه المشرع .

يعتبر القانون فى نظر المذهب الاشتراكى ثمرة من ثمار الحياة فى المجتمع . وهو يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته . والإنسان ليس كائناً منفرداً ، كما يريد أن يصوره المذهب الفردى ، بل هو كائن اجتماعى أو عنصر من عناصر المجتمع . والمجتمع ليس مجموعا من شخصيات محتفظة بذاتيتها ، بل هو وحدة متجانسة ، تتجه جهود أفرادها نحو غاية مشتركة ، هى سعادة المجموع . والذى يوجه الجهود نحو هذه الغاية هو القانون . فكأن للقانون دوراً إيجابياً ، إذ هو لا يقف عند مجرد حفظ النظام فى المجتمع ، كما ينادى المذهب الفردى ، بل هو يبغى أن يحقق الخير العام ، ومن ثم فهو يتدخل فى شئون الفرد ويفرض على القادر من التكاليف ما يفيد منه المحتاج ، كما يحمى الضعيف من بطش القوى ، وبهذا يستطيع كل فرد أن يظهر نشاطه ، فى الوقت الذى يساهم فيه فى خير المجتمع ، فيكون واجب المشرع فى نظر هذا المذهب مزدوجاً ؛ إذ عليه أن يحمى حرية الفرد ، وأن يمهد له سبيل الانتفاع بما يتمتع به المجموع .

ويظهر مما قدمنا أن دائرة القانون تتسع فى ظل هذا المذهب ، بل هى أبداً فى اتساع ما لاحت للمشرع مصلحة تعود على المجتمع .

لكنا نلاحظ أن المذاهب الاشتراكية ليست مذهباً واحداً ، إذ يبالغ بعضها إلى حد تركيز الاهتمام بالدولة وحدها ، كما يدعو إلى إلغاء الملكية الفردية.

والمذهب الاشتراكى فى صورته المعتدلة هو الذى يسود فى الوقت الحاضر فى أغلب البلاد ، إذ أصبحت الدولة تشرف على كثير من المرافق التى يرى المذهب الفردى أن تكون بعيدة عن متناول القانون. لكن هذه الصورة المعتدلة لا تتحقق إلا بالأخذ بما فى المذهب الفردى من حق ، فلا بد إذن من احترام الحرية الفردية (فى حدود القانون) بمظاهرها المختلفة ، وفى مقدمتها الاعتراف بالملكية الفردية ، وهى الدعامة الأولى التى يقوم عليها المجتمع وسر تقدمه .

§ ٦ — اتصال القانون بعلوم الاجتماع الأخرى

١٧ — القانون علم اجتماعى ، ولذا فهو ذو اتصال بسائر علوم الاجتماع التى تدرس الإنسان باعتباره عضواً فى المجتمع ؛ كعلم الاجتماع ، وعلم الاقتصاد السياسى ، وعلم السياسة ، فضلاً عن علم الأخلاق الذى رأينا مبلغ اتصاله بالقانون . ففى دائرة روابط الأسرة مثلاً يتأثر القانون بعلم الاجتماع ويصوغ قواعده مهتدياً بهديه ، وفى دائرة المعاملات المالية تكون حاجة القانون إلى الاستعانة بعلم الاقتصاد السياسى واضحة ، وإذا ما تركنا دائرة العلاقات الخاصة بشطريها وواجهنا تكوين الدولة ونظام الحكم فيها ، سواء فى صلة الهيئات العامة بالفرد أو فى صلتها بعضها ببعض ، أدركنا شدة اتصاله بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل فى كل العلوم الاجتماعية ، يستخلص حقائقها ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها .

§ ٧ — منهج البحث

١٨ — قلنا إن القانون عبارة عن مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم شئون الجماعة ، وأن القانون فى تنظيمه لها يرمى إلى تحقيق غرضين : (الأول) حماية النشاط الفردى بالقدر الذى يتلاءم مع مصلحة الجماعة نفسها ، و (الثانى) تحقيق الحاجات المشتركة لكل الأفراد المكونين لها . وحتى يحقق القانون هذه الغاية كان لزاماً عليه أن يبين حقوق الفرد قبل غيره ، من حقوق الأسرة والحقوق المالية ، أو قبل الهيئات العامة .

ومن هذا يبدو أن مهمة القانون هى فى الواقع بيان الحقوق ؛ حقوق الفرد

قِبل غيره أو حقوقه قِبل الدولة ، أو حقوق الدولة قِبله . ومن ذلك ندرك مبلغ الصلة بين القانون والحق . فالحق لا يوجد بغير القانون ، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات ، أى ليقر الحقوق .

وبذا يتحدد منهج المدخل : القانون أولاً ثم الحق ثانياً فى كتابين .

لكنا سنكتفى الآن بالكتاب الأول فى القانون مرجئين الكتاب الثانى (الحق) إلى فرصة أخرى .

الكتاب الأول

فى القانون

نتكلم عن القانون فى الأبواب الثلاثة الآتية :

الباب الأول : فى طبيعة القانون (أو ممّ يتكوّن) .

الباب الثانى : فى مصادر القانون (أو كيف يتكوّن) .

الباب الثالث : فى فروع القانون ، أو أقسامه .

الباب الأول

طبيعة القانون

(Nature du Droit)

١٩ — عرّفنا فيما سبق القاعدة القانونية تعريفاً مبدئيا ، واستخلصنا من التعريف خصائصها ، وميّزنا بينها و بين قواعد الأخلاق . وقد وضح من خلال ذلك أن القانون مجموعة قواعد يتبعها الناس فى علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر ، ولها جزاء توقعه الدولة . فى هذا يتفق علماء القانون تقريباً ، وهم إن اتفقوا عند هذه النتيجة إلا أنهم يختلفون عندما يحاولون الكشف عن العنصر الذى يتركب منه القانون ، أو بعبارة أخرى عند ما يبحثون فى طبيعة القانون .

٢٠ — المذاهب المختلفة فى طبيعة القانون :

هذه المسألة هى أدق مسائل القانون ، إذ يتلخص فيها كل مافيه من فلسفة ، وقد تعددت بشأنها المذاهب واختلفت وجوه النظر .

ونحن نستعرض هنا بإيجاز أهم المذاهب فى طبيعة القانون ، وقد اخترنا أن نقسمها إلى طائفتين :

الطائفة الأولى المذاهب القانونية : وهى مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق فى تحليل القانون تحليلا علميا فلسفيا ، ونتكلم عنها فى فصل أول.

الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية ؛ وهذه مذاهب تنفذ إلى طبيعة القانون ، فتحللها تحليلا فلسفيا اجتماعيا ، ولا تكتفى بالنظرة القانونية العملية ، ونتكلم عنها فى فصل ثان .

الفصل الأول

المذاهب القانونية (أو الشكلية)

---

٢١ — خاصيتها :

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهى تتخذ للقانون معياراً ماديا ، وتتعرفه من مصدره الرسمى أو الشكلى ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ إلى طبيعة القانون ، ولا إلى مصادره الحقيقية . فهى مذاهب تصلح للرجل القانونى ، يريد أن يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق فى العمل .

وهى تجتمع كلها فى مسألة واحدة : هى أن هناك مشرعا هو الذى يصنع القانون . فإذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز فى تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم إلى قسمين : هيئة حاكمة ، وأخرى محكومة . فالأولى هى التى تسن القوانين ، والثانية هى التى تخضع لها . وقد تكون الهيئة الحاكمة قوة غير منظورة هى « الله » أو أية سلطة روحية أخرى ، وهذه هى القوانين الدينية ، كالشريعة الإسلامية ، والشريعة اليهودية . فى هاتين الشريعتين الله هو المشرع الأول[1] ، والقانون فى أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبيا . وقد يكون الحاكم هيئة بشرية هى الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة

---

(١) وسنرى فيما يلى أن هذا هو قول الأشعرية ، أما المعتزلة فمذهبها أكثر اتفاقا مع مذهب القانون الطبيعى ، وسنشرح ذلك تفصيلا فيما يلى .

الدولة ، هو الفقيه الإنجليزى المعروف « أوستن Austin » ، ويقابله فى فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » (Ecole de l'Exégèse) ، وهى كأوستن تذهب إلى أن القانون مشيئة المشرع ، وأن التشريع هو مصدره الوحيد.

ونعرض بإيجاز هذين المذهبين فى مبحثين .

المبحث الأول

مذهب أوستن[1]

٢٢ — أسس المذهب :

يقوم مذهب أوستن على أن القانون فى (وضعه) ، وفى (تنفيذه) يستند إلى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذى يضع القانون ، وهو الذى يلزم الناس بطاعته . فالقانون فى طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهراً إذا اقتضى الحال ذلك .

يؤخذ مما تقدم أن أركان القانون ثلاثة :

---

(١) ينسب هذا المذهب إلى الأستاذ أوستن ، أستاذ القانون بجامعة لندن فى النصف الأول من القرن التاسع عشر . إلا أن حظ أوستن من الابتداع لا يمكن أن يرقى إلى حد القول بأنه خلق النظرية خلقاً ، إذ أنه أخذ ما قال به الفيلسوف الإنجليزى « توماس هوبز Thomas Hobbes » فى القرن السابع عشر وصاغه فى نظرية عتيدة نسبت إليه فيما بعد . وتتلخص نظرة هوبز إلى القانون فى الآتى : « ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر ، وهو ليس أمراً من أى شخص إلى أى شخص آخر ، بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى آخر عليه واجب الطاعة Law in general is not counsel, but command, not a command of any man to any man, but only of him whose command is addressed to one formerly obliged to obey him. Leviathan Part II ch XYVI

ومن القائلين بهذا المذهب الفقيه الألمانى اهرنج ، ولكن الذى بسط هذا المذهب ودعمه هو أوستن فى كتابه Lectures on jurisprudence .

(أولا) هيئة سياسية .

(ثانيا) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة .

(ثالثا) اقتران هذا الأمر أو النهى بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالف القانون .

(أولا) هيئة سياسية معينة (حاكم سياسى Political Superior) هى : الهيئة التى تباشر سلطان الدولة[١] . هنا يميز أوستن فى كل مجتمع سياسى شخصاً معيناً أو هيئة معينة له السلطان ، وهو القوة المسيطرة على كل القوات فى الدولة لا تعلو عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ولا يهم بعد ذلك أن يكون الحاكم شخصاً واحداً كما فى الحكومات الاستبدادية ، أو أن يكون هيئة (برلمان و إلى جانبه يقف رئيس الدولة ملكا كان أو إمبراطوراً أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) ، كما فى البلاد الديمقراطية .

وتتميز هذه الهيئة عن سائر الهيئات بأن صبغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الأخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات ، وأن لها السلطان الأعلى فى الدولة كما قدمنا .

وهذه الهيئة هى التى تنظم وحدها الروابط الاجتماعية بقوانين من مشيئتها ، تصدرها للأفراد وللهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين إذن إرادة حادثة صادرة من هيئة شاعرة ، وليست شيئاً كامناً فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور فى دائرة لاشعورية ، كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعى .

(ثانيا) أمر أو نهى[٢] : ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمراً أو نهياً ، إذ

---

(١) انظر أوستن ص ١٩١ ، ٢٢١ .

(٢) Every Law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command (Austin. p 88).

القانون ليس مجرد نصيحة تدعى النـاس إلى اتباعها ، بل هو أمر أو نهى يجب السير على مقتضاه .

وقد اعترض على ذلك بأن هناك كثيراً من القواعد القانونية لا تأمر ولا تنهى ، و إنما هى مجرد رخص تبيح للشخص أعمالا معينة ، كالقواعد الخاصـة بالعقود من بيع وإجارة إلى غير ذلك . فالقانون لا يلزم الشخص بأن يبيع أو أن يؤجر ، و إنما هو ينظم هذه المعاملات فى حالة ما يقدم الإنسان باختياره عليها ، و إذن فلا يمكن أن يقال عن مثل هـذه القواعد بأنها أوامر . كذلك قد اعترض بأن قواعد المرافعات — وهى فى أكثرها إجراءات تتبع إذا اختار شخص أن يسلك طريق القضاء — لا تظهر فيها فكرة الأمر أو النهى بوضوح . ولـكن من السهل الرد على هذا الاعتراض بشـقيه ؛ فكلمة أمر أو نهى بمعناها الدقيق و إن كانت لا تنطبق على جميع القواعد القانونيـة ، إلا أن فكرة الإجبار متوافرة على أى حال ؛ فالقاعدة القانونية التى تبيح للشخص البيع أو الإجارة ، تلزم الناس باحترامه إذا تم وتنهاهم عن انتهاك حرمته ، فضلا عن إلزامها لمن قام بالتصرف . ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع بتسليم الشىء المبيع ، و بنقل ملـكيته الخ ، كما أن على الغير احترام هـذا التعاقد . وأما قواعد المرافعات ، فهى قواعد إجبارية تلزم القاضى والمتقاضين .

(**ثالثا**) **الجزاء الدنيوى :** ولا يكفى أن تصدر الهيئة الحاكمة أمراً أو نهياً ، بل يجب أن تقرن ذلك بجزاء دنيوى توقعه على من يخالف الأمر أو النهى . وهذا الجزاء الدنيوى تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستندة فى ذلك إلى القوة العامة التى بين يديها . و يترتب على ذلك ، أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية ، كل هـذه ليست قانوناً ، فقد تكون أوامر

ونواهى يجب على الناس اتباعها ، ولكنها ليست مقترنة بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالفها[١] .

٢٣ — تقدير مذهب أوستن :

ليس هناك شك فى وضوح نظرية أوستن وبساطتها ، فهى ترتكز على معيار مادى فى تعرّف طبيعة القانون . وعندها أن القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة ، فمتى صدرت إرادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الإرادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمى الوحيد للقانون هو التشريع ، ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر ، لا على الرضا والاختيار ، وليست هناك إلا علامة مادية شكلية لا نجاوزها إلى ما وراءها فى تعرف طبيعة القانون .

هذه مسائل ثلاث[٢] هى نقط الضعف فى نظرية أوستن :

(**أولا**) انفراد التشريع بأن يكون مصدراً رسميا للقانون .

(**ثانيا**) مبالغتها فى توكيد صلة الجزاء بالقانون ، وإغفالها بذلك عامل الأمة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها .

(**ثالثا**) الوقوف عند معيار شكلى للقانون .

(**أولا**) **انفراد التشريع بأنه يكون مصدرا رسميا للقانون** : لا يكون القانون قانوناً طبقاً لنظرية أوستن إلا إذا كان مصدره السلطان أو الدولة . فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمى آخر ، مع أن هناك مصادر أخرى

(١) أوستن ص ١٨٢ — ١٨٣ .

(٢) يمكن أن يضاف إلى ذلك أن هذه النظرية وإن أمكن انطباقها على قوانين الدول الأوربية وما فى حكمها فى الوقت الحاضر ، فلا يمكن أن تفسر لنا حالة القانون فى العصور القديمة .

— أهمها العرف — تنشىء قواعد قانونية . وقد حاول أوستن أن يدفع هذا الاعتراض بقوله : (What the Sovereign permits he commands) « ما يقرّه السلطان فهو يأمر به » . ولكن هذا الرد ظاهر الضعف ، إذ أن المحاكم تلتزم بتطبيق قواعد العرف كما تطبق التشريع ، وهى تطبقها لأنها قانون واجب التطبيق . أما نظرية أوستن فإنها تقلب الوضع ، وترى أن القانون الذى يكون مصدره العرف إنما يكون قانوناً لأن المشرع أقرّه ، فهوقانون لأن المحاكم تطبقه ، لا أن المحاكم تطبقه لأنه قانون .

(ثانيا) مبالغة هذه النظرية فى توكيد صلة الجزاء بالقانون واغفالها عامل الأمة وانقيادها بمحض رغبتها : وقد عنيت نظرية أوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر فى القانون ، وقد حملها ذلك على أن تنكر صفة القانون بمعناه الصحيح على القانون الدولى العام والقانون الدستورى .

أما القانون الدولى العام — وهو القانون الذى ينظم علاقات الدول بعضها ببعض — فلم يعترف له أوستن بصفة القانون لعدم وجود سلطة عليا تضع قواعده وتوجب احترامها عند ما يعن لإحدى الدول أن تخرق حرمتها ، و بقول آخر لأنها لا تحتوى على عنصر الأمر بالمعنى الذى يريده أوستن . وسنعود إلى مناقشة ذلك عند الكلام فى فروع القانون .

أما القانون الدستورى — وهو القانون الذى ينظم علاقات الدول بالأفراد — فقد أنكر أوستن عليه أيضاً صفة القانون ، وذلك لأن من شأن الدستور أن يضع قيوداً على سلطة الحاكم ، والحاكم لا يمكن أن يخضع لسلطة أعلى ، فهو إن نظم علاقاته بالأفراد والتزم ببعض القيود ، فإنما يفعل ذلك باختياره ، فيستطيع فى كل وقت أن يستبدل بها غيرها ، بل وأن يتحرر منها نهائياً . وما دام الأمر كذلك ، فإن قواعده تظل بغير جزاء ، إذ لا يمكن القول بأنها تنفذ قهراً ،

وهذا يكفى للقول بعدم اعتبار قواعد الدستور قانوناً بالمعنى الصحيح .

ومما تقدم يظهر أن نظرية أوستن قصرت عنايتها على الحاكم وطرحت جانباً عنصر المحكومين أى الأمة ، فأغفلت بذلك عاملا لا يقل فى الأهمية عن عامل القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار[1] . وإذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة إنما هى قوة الأمة ، والسلطان ليس فى حقيقة الأمر إلا الأمة نفسها مجتمعة . وإذا صدر قانون يأباه طبع الأمة وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك يأبى المشرع إلا أن يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانوناً وقتاً قصيراً ، ثم لا تلبث إرادة الأمة أن تغلب إرادة المشرع ، ويلغى القانون أو يهجر . والالتجاء المستمر إلى استعمال القوة فى تنفيذ القوانين ، إنما يكون علامة ضعف لا علامة قوة .

ومن هنا نرى أن إنكار صفة القانون على القانون الدستورى بنوع خاص فيه تجاوز كبير ، إذ أن هذا القانون لا يخلو من عامل القهر الذى يتمثل فى حماية الأمة له من كل اعتداء يقع عليه ، بل هو فى هذا يتميز عن القوانين المعتادة : ذلك أن القوانين المعتادة تحوط بها قوة الأمة بطريق غير مباشر متمثلة فى الشرطة أو فى الجند ، أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، وإذا أريد انتهاك حرمة قانون دستورى ، فإن دون ذلك الأمة تثور للمحافظة على دستورها[2] .

(ثالثاً) الوقوف عند معيار شكلى للقانون : ولكن العيب الجوهرى فى نظرية أوستن هو أنها تقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تجاوز الشكل إلى

---

(١) يقول الأستاذ اهرنج : « إن استقرار القانون يتوقف فى نهاية الأمر على قوة الشعور القوى نحو القانون ، وهذا الشعور يوضع فى ذات المستوى مع سلطان الحاكم وقدرته على تنفيذ القانون ، فإذا كان هذا الشعور ضعيفاً فالقانون غير ثابت ، أما إذا كان قويا فى ذلك استقرار القانون » (Ihering chap VIII § 11) .

(٢) فى هذا المعنى جودبى ص ٤٦ .

الموضوع ، ولا تنفذ إلى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهى تقنع من القاعدة القانونية بأنها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هـذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ إلى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

المبحث الثانى

مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص

(Ecole de l'Exégèse)

٢٤ — وجه الشبه بمذهب أوستن :

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة أوستن الإنجليزية . من حيث إن كلاً منهما يجعل التشريع هو المصـدر الرسمى الوحيد للقانون ويقف عنده فلا يجاوزه إلى سواه . على أن هذا التقريب بين المذهبين قد يستغرب لأول وهلة ، ولـكن هذا الاستغراب يزول عند إمعان النظر ، إذ يمكن التحقق من أن نظرة المذهبين إلى القانون واحدة . وإذا كان هناك خلاف بينهما فهو خلاف ظاهرى لا يتعدى مظهر التكوين الخارجي : ذلك أن مذهب أوستن ظهر مرة واحدة ، بسطه أوستن ودعمه ، وأصبح اسم هذا الفقيه علماً عليـه فيا بعد . أما مدرسة الشرح على المتون فإنها تكونت وتعاقب ممثلوها من الفقهاء أجيالا عدة دون أن يعنوا بجمع مبادئها فى كتاب واحد ، حتى جاء بعض الفقهاء مثل جنى وسالى و بنكاز و بينوا مميزاتها وأسلوبها ، وذكروا ممثليها من الفقهاء فى عصورها المختلفة . وهذا هو الفارق — إن سمى ذلك فارقاً — بين المدرستين . أما النتائج التى تستخلص منهما فواحدة . وهى بهـذا تكون مذهباً شكلياً كمدرسة أوستن ،

إذ تكتفى فى التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون فى نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شىء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانوناً .

٢٥ — أصل التسمية :

وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegèse) أو مدرسة التزام النص ، لأن فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون فى الكتب المقدسة . وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعاً عن فكرة واحدة ، هى أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ولم تفرط فيها من شىء . فليس أمام الفقيه إلا أن يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصًّا نصا ، فإذا أعجزه استخلاص قاعدة منها فليس الذنب فى هذا على التشريع ، فإنه حتما يتضمن كل القواعد القانونية ، وإنما العبب عيب الفقيه الذى لم يوفق إلى استخلاص القاعدة من النصوص[١] .

٢٦ — مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون مميزان :

(أولا) التقيد بالنصوص :

لا تعرف هذه المدرسة إلا نصوص التشريع مصدراً للقانون ، وقد قال بينيه (Bugnet) أحد فقهائها : « إنى لا أعرف القانون المدنى ، وإنما أدرس تقنين نابليون »[٢] . وقال ديمولومب (Demolombe) أمير فقهاء هذه المدرسة : « إن شعارى والعقيدة التى أومن بها هى أيضاً النصوص قبل كل شىء »[٣] .

---

(١) انظر مقال الدكتور حشمت أبو ستيت فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد السادس ص ٦٥٢ وما بعدها .

(٢) Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon.

(٣) Ma devise, ma profession de foi, est aussi les textes avant tout.

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

وإذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فإن تفسير هذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ الذى استعمله فى التعبير عن هذه النية . والعبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . وإذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث أصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضى أن يعمد إلى نية أخرى محتملة ، ينسبها إلى المشرع لو أنه وضع التشريع فى الوقت الذى يطبق فيه ، بل يجب عليه أن يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنية المشرع الحقيقية يعصم من الوقوع فى التحكم ، إذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما يختلف القضاة فى تحديدها كل بحسب منطقه وهواه . ثم إن التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر إمعاناً فى احترام التشريع[١] ، أما تجاوز النية الحقيقية إلى نية محتملة فإن من شأنه أن يجعل من القاضى مشرعا .

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحا كافيا . ففى هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » إلى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون[٢] . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى من عدم جواز التصرف فى العقار الذى تقدمه الزوجة مهراً لزوجها فى نظام الدوطة (Régime dotal) ، ولم يتعرض المشرع للمنقول . فهل يجوز التصرف فى المنقول خلافا للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف فى المنقول ، إذ النص على العقار دون المنقول من

---

(١) فضلا عن أن فى ذلك ميزة الاستقرار الواجب توفرها للروابط القانونية .

(٢) انظر ما يقوله أوبرى ورو فى ذلك فى المؤلف الخامس ص ١٣٣ .

حيث عدم جواز التصرف يجعل حكم المنقول مخالفاً لحكم العقار . والمبرر لهذا الاختلاف فى الحكم أن المنقول لم يكن بذى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة فى ذلك الوقت ، فمن المعقول إذن أن يحمى المشرع العقار دون المنقول . أما إذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسى ، بأن المنقول أصبح لا يقل فى الشأن عن العقار ، فتجب له نفس الحماية ، فلا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف فى العقار . وتأخذ مدرسة « الشرح على المتون » بالقول الأول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هى التى تتلمسها « مدرسة التزام النص » وتجرى على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده هو مصدر القانون .

٢٧ — فقهاء « مدرسة الشرح على المتون » [(١)] :

نكتفى بذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) أوبرى ورو (Aubry et Rau) . فقيهان من جامعة ستراسبورج . وضعا كتاباً فى شرح القانون المدنى فى ثمانية أجزاء (فى طبعته الرابعة) ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان (Bartin) من اثنى عشر جزءاً . وقد استغرق وضع الكتاب فى طبعته الأولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ إلى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على أنه ترجمة لكتاب فقيه ألمانى اسمه زكريا (Zachariae) ، ومثل هذه المدة فى طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٨٧٨) . ولا يزال هذا الكتاب حتى الآن من أمهات كتب الفقه الفرنسى ، وقد اشتهر بالدقة والإيجاز .

(٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمير فقهاء « مدرسة الشرح

---

(١) انظر كتاب بنكاز « مدرسة الشرح على المتون فى القانون المدنى » ، واقرأ مقال الأستاذين Charmont و Chausse « شراح القانون المدنى » فى كتاب العيد المئينى ، الجزء الأول ص ١٣٣ وما بعدها .

على المتون » . كان عميداً لكلية الحقوق بكان (Caen) ، ووضع كتاباً فى شرح القانون المدنى فى واحد وثلاثين جزءاً ، واستغرق وضعه واحداً وثلاثين عاماً (من سنة ١٨٤٥ إلى سنة ١٨٧٦) دون أن يكمل . وعرف كتابه بالإفاضة والإسهاب.

(٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلچيكى يمثل المدرسة تمثيلا صادقاً ، إذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدنى فى مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءاً (من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٨٨٧) .

(٥) بودرى لا كنتنرى (Baudry Lacantinerie) وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحاً مطولا للقانون المدنى ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءاً (من سنة ١٨٨٥ إلى سنة ١٩٠١) . ولايزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقه « مدرسة الشرح على المتون » .

٢٨ — تقدير « مدرسة الشرح على المتون » :

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التى أسلفناها :

١ — تجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون .

٢ — وتغفل عامل إرادة الأمة ، وماتؤثر به هذه الإرادة (فى شكل العادات والتقاليد) فى إرادة المشرع .

٣ — وتقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

وهى إلى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامداً لا يتطور ، ما دامت تتقيد بإرادة المشرع فى وقت وضع التشريع .

الفصل الثانى

المذاهب الاجتماعية (أو الموضوعية)

٢٩ — وهى لا تقف عند علامة شكلية مادية لتعرّف القانون (بكونه صادراً من المشرع) ، بل تجاوز ذلك إلى تعرّف كنه القانون وطبيعته ، وتنظر إلى القانون باعتباره مظهراً اجتماعيا ، ولذلك كانت هذه المذاهب اجتماعية موضوعية . ويمكن تقسيمها إلى طوائف ثلاث :

(أولا) المذاهب الفلسفية الميتافيسيكية : وهى مذاهب تتخذ أساساً فلسفياً أوأساساً ميتافيسيكيا تجعله القاعدة التى يستند إليها القانون ، وأهمها مذهب القانون الطبيعى ، ومذهب التطور التاريخى ، ومذهب الغاية الاجتماعية .

(ثانيا) المذاهب العلمية الواقعية : وهى مذاهب تنظر إلى القانون كعلم اجتماعى واقعى يعرف بالمشاهدة والتجارب كسائر العلوم ، دون أن ينطوى على أية فكرة ميتافيسيكية[1] ، وأهمها مذهب التضامن الاجتماعى (مذهب ديجى) .

(ثالثا) المذاهب المختلطة : وهى مذاهب تبنى القانون على أساس مزدوج : علمى واقعى وفلسفى ميتافيسيكى ، وأهمها مذهب العلم والصياغة (جنى) .

---

(١) ويحسن هنا أن نفرق بين الميتافيسكا والعلم ؛ موضوع الميتافيسكا : أصل الأشياء ، الجوهر لا الصورة ، المجهول الواجب الوجود . ووسيلتها العقل . وموضوع العلم : الواقع لا الواجب ، ووسيلته التجارب والعقل .

المبحث الأول

المذاهب الفلسفية والميتافيسيكية

القانون الطبيعى . التطور التاريخى . الغاية الاجتماعية

---

٣٠ — ارتباط هذه المذاهب بعضها بالبعض الآخر :

هذه المذاهب وإن اشتركت فى الوصف الذى يمكن أن توصف به — وهذا وحده يكفى للجمع بينها فى مبحث واحد — إلا أنها فوق ذلك قد اصطدمت بعضها ببعض ، مما يجعل الجمع بينها مناسباً .

فمذهب القانون الطبيعى ومذهب التطور التاريخى تبادلا الهجوم وتبادلا بالتبعية الهزيمة والنصر . ذلك أن السيادة كانت لمذهب القانون الطبيعى حتى ظهر مذهب التطور التاريخى وهاجمه مهاجمة قضت عليه تقريباً . ولكنه لم يلبث أن استجمع قوته وعاد تحت اسم آخر ، القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة ، وتلمس من غريمه نقطة الضعف وهاجمه منها مهاجمة أطاحت ببعض مبادئه التى قام عليها . كما تكفل مذهب الغاية الاجتماعية بناحية أخرى . ومما تقدم ندرك مبلغ الارتباط بين هذه المذاهب التى نعالجها فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : مذهب القانون الطبيعى .

المطلب الثانى : مذهب التطور التاريخى .

المطلب الثالث : مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة .

المطلب الرابع : مذهب الغاية الاجتماعية .

المطلب الأول

مذهب القانون الطبيعي
(Ecole de Droit Naturel)

٣١ — فكرة القانون الطبيعي :

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانوناً كامناً فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان ، يكشفه العقل ولا يوجده ، هذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدى سرمدى ككل القوانين التى تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعي من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحتويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعى يخضع لقوانين طبيعية توجهه إلى حيث هو منساق إليه . وما على العقل البشرى إلا أن يتمعن فى الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي ويصوغ قانونه الوضعى على مثاله ، وكلما قرب القانون الوضعى من القانون الطبيعي كان أقرب إلى الكمال .

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

٣٢ — مذهب القانون الطبيعي عند اليونان :

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي ، فقد راعهم النظام والاطراد المشاهدان ليس فقط فى عالم الحيوان والإنسان ، من أن كلا منهما يولد ويكبر ويموت وفق سنن لا تتبدل ، بل إنهم لاحظوا وجود أوجه شبه كثيرة فى معاملات الناس تظهر فى نظم متشابهة وعادات اجتماعية متماثلة ، مما أدى بهم إلى التفكير فى وجود قوة تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس ، وسموا هذه القوة بالطبيعة . وعند

ما وصلوا إلى هـذا الحد فرقوا بين أعمال الناس العارضة التي تخص كل إنسان ، وبين أعمالهم العامة الثابتة ، ونسبت هذه الأخيرة إلى قوة الطبيعة وسميت بالقانون الطبيعي [١] . وهو قانون من مميزاته أنه ليس من وضع البشر (بل هو كامن في طبيعتهم يخضعون له) ، وأنه ثابت لا يتغير ، وأنه عام شامل في كل زمان ومكان .

ثم ما لبثوا أن انتقلوا من دائرة المشاهدات الحسـية وتقرير الواقع إلى دائرة التفكير المنطقي والتدليل العقـلي . فذكروا أن القانون الطبيعي ليس هو القانون الموجود فعلا ، بل هو القانون الواجب الوجود ، هو المثل الأعلى الذي يجب السعي لتحقيقه ، وهذا المثل الأعلى يمكن كشفه عن طريق العقل . وترتب على ذلك أن قابلوا بين قانونين : القانون الوضعي المطبق فعلا ، والقانون الطبيعي الذي يمثل الـكمال ، والذي يكشفه العقل البشري ، والذي يجب أن يقرب منه القانون الوضعي شيئاً فشيئاً [٢] .

٣٣ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان :

وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدني (Jus civile) ، وقانون الشـعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) . فالأول هو القانون الروماني العتيق الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب

---

(١) سالموند س ٤٤ — ٤٥ . وقد ميز أرسـطو بين القانون العام ، وهذا هو القانون الطبيعي ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدي إليه .

(٢) وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فعندهم أن أصل الوجود هو الله في هيئة النار ، ثم تحركت النار وحولت جزءاً منها إلى هواء ، وتحرك الهواء وحول جزءاً منه إلى ماء ، وتحرك المـاء وحول جزءاً منه إلى أرض . ويسير العالم في هذه الصورة شوطاً مقدراً ، وفقاً لسنن محتمة ، ثم تفنى الأرض في المـاء ، والماء في الهواء ، والهواء في النار ، ويعود العالم كتلة نارية كما كان . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن الماء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك ، فيتعاقب على العالم حالان ؛ البناء والهدم إلى ما لا نهاية . ويحدث ذلك على أساس لا يتغير وقانون طبيعي ثابت .

فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكان الرومان يستمدون من مبادئه القانون الذى يطبق على الأجانب ، وهـذا هو القانون الطبيعى بالمعنى المقصـود . أما القانون الطبيعى فى لغة الرومان ، فقد كان القانون الذى تخضع له كل الكائنات الحية من إنسان وحيوان . فكأن هناك نوعا من التدرج : القانون الطبيعى وتخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب ويخضع له كل بنى الإنسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدنى ويخضع له كل الرومانيين من بنى الإنسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم فى القانون الطبيعى من الفلسفة اليونانية . وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعى عند اليونان ، بل هو قد صار قانوناً عمليا لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان فى علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصـونه من القوانين الطبيعية التى يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الإنسانية تخضع لهـا ، إذ هى قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا فى « القانون المدنى » فوسع فيه وهـذبه ، وصار من أهم المصادر فى رقى القانون الرومانى ، إذ كان مبنيا على العقل فى أساسه ، بينما كان « القانون المدنى » مبنيا على العادات القديمة والأشكال والأوضاع .

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعى كان فلسـفة عند اليونان ، فصار قانوناً عند الرومان ، وسنراه ينقلب ديناً فى العصور الوسطى ، ثم سياسة فى العصور الحديثة .

٣٤ — مذهب القانون الطبيعى فى العصور الوسطى فى أوربا :

وورثت المسيحية ورجال الكنيسة فى العصور الوسـطى القانون الطبيعى ، فجعلوه القانون الإلهى ، وهو قانون أبدى سرمدى ، ثابت لا يتغير ، ولـكننا نصل إلى هذا القانون من طريق الوحى لا من طريق العقل .

٣٥ — مذهب القانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين :

ومما هو جدير بالذكر أن الإسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي ، وزاد أحد المذاهب الإسلامية أن ميز بين القانون الطبيعي والدين ، وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف(١) .

---

(١) فعندهم أن الحسن والقبح (أي المأمور به والمنهي عنه أي القانون) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول إذن بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في إرشاد الفحول للشوكاني ص ٧ ما يأتي : « اعلم أنه لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوه . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب إيمان . وقالت المعتزلة إنه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك . قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده ... ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلا أو عاجلا ، فعند الأشعرية ومن وافقهم أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم أن ذلك ليس إلا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم » .
وجاء في التوضيح على التنقيح : العقل عند (المعتزلة) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل فيكون تركه حراماً على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشيء من ذلك . وعندنا (الأشعرية) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحا ، له في كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، وإحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضر ، ومن حسن أو قبح» .
وواضح مما قدمناه أن المعتزلة تذهب إلى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الأشعرية ، فهي تذهب إلى أن الحاكم هو الله ، أي أن مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول إذن بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي ، وهو حاكم على الله وعلى العباد . فالله واجب عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون إلى العقل في معرفة القانون . وهذا صريح في أن هناك قانوناً طبيعيا يستقل العقل البشري بكشفه ، ولا حاجة بنا إلى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . أما الأشعرية فعندهم أن مصدر القانون هو الشرع ، إذ أن الحاكم بالحسن والقبح هو الله . فالأشعرية مذهبهم في القانون مذهب رسمي شكلي ، كمذهب أوستن ومدرسة « الشرح على المتون » ، لأن القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله .

٣٦ — مذهب القانون الطبيعي فى العصور الحديثة :

وفى القرنين السابع عشر والثامن عشر زادت أهمية القانون الطبيعى فى أوروبا إلى حد كبير . ويرجع ذلك إلى أن أوروبا كانت قد استكملت فى تلك العصور تكوين قومياتها ، وخلعت سلطان الكنيسة . فانقسمت دولا مستقلة ، ولم يكن لدولة سلطان على الدول الأخرى ، كما كان الحال فى الدولة الرومانية وفى عهد شارلمان . فاقتضى الأمر تنظيم علاقات الأفراد بالدولة بعد أن قوى سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر على أساس جديد . كان لا بد إذن من إيجاد أساس جديد لتطور القانون الدستورى من ناحية ، ولتطور القانون الدولى العام من ناحية أخرى . وكان من الواجب أن يتطور هذان القانونان دون أن تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تملى أحكام هذا التطور . وإذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل إلى جانب العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض مذهب القانون الطبيعى نهوضاً عظيما فى القرنين السابع عشر والثامن عشر فى أوربا . فقد قام هذا المذهب مستنداً إلى العقل البشرى والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعى يسيطر على علاقات الأفراد بالدولة ويسيطر على علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر .

أما علاقات الأفراد بالدولة فتنظيمها يقتضى بحث الأساس الذى تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة : هوبز (Hobbes) ولوك (Locke) الإنجليزيان ، وروسو (Rosseau) الفرنسى . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر يقتضى بحث الأساس الذى يبنى عليه القانون الدولى العام . ولما كانت الجمعية الدولية فى ذلك الوقت تعيش فى عهد الفطرة والبداوة ، فإن الفقهاء والفلاسفة لم يجدوا إلا القانون الطبيعى يبنون على مبادئه ما يقوم من العلاقات بين الدول ، وكان المؤسس للقانون الطبيعى فى عهده الجديد

جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف .

ونعرض بإيجاز لآراء هؤلاء الفلاسفة الأربعة : جروسيوس وهوبز ولوك وروسو .

فجروسيوس (من سنة ١٥٨٣ إلى سنة ١٦٤٥) كان فقيهاً هولنديا كبيراً ، ويعتبر مؤسس القانون الدولى العام فى عهده الحديث ، وقد أسسه على مبادئ القانون الطبيعى . ووضع كتابه المشهور « قانون الحرب والسلام » (Jure Belli et Pacis: Droit de Guerre et Paix) ، ونشره فى سنة ١٦٢٥ . وقد عرّف فيه القانون الطبيعى بما يأتى : « القانون الطبيعى هو القاعدة التى يوحى بها العقل القويم ، والتى بمقتضاها نحكم بالضرورة أن العمل ظالم أو عادل ، طبقاً لاتفاقه مع المعقول[١] » . على أن جروسيوس ، عند ما فصّل قواعد القانون الطبيعى ، أقر كثيراً من العادات التى كانت متبعة فى زمنه على ما فيها من قسوة وشدة[٢] ، فقد أقر الرق والاستبداد والفتح ، أى استعباد الإنسان للإنسان واستعباد الدولة للإنسان واستعباد الدولة للدولة . فالأصل عنده أن الإنسان حر طبقاً للقانون الطبيعى ، ولكنه يفقد حريته على أثر حرب تقوم ، كما أنه يستطيع أن يتنازل عن هذه الحرية بعقد يبرمه . وإذا كان الإنسان يستطيع أن يتنازل عن حريته ، فالأمة تستطيع أن تفعل ذلك فتضع نفسها فى كنف أمة أخرى تكون سيدة عليها على أن تظلها بحمايتها .

---

(١) Le droit naturel est une règle qui nous est suggérée par la droite raison, d'aprés laquelle nous jugeons nécessairement qu'une action est injuste ou morale, selon sa conformité avec la nature raisonnable... (L. I. ch. 1§ 10). فالقانون الطبيعى فى نظره يمليه العقل ويختلط بعض الشىء بالأخلاق .

(٢) ويدافع شارمون عن جروسيوس فى كتابه ص ١٩ بقوله : لا ينبغى أن نأخذ على جروسيوس قبوله نظما ظالمة تتعارض مع مبادئه ، فقد تأثر بظروف وقته ، إذ رتب له لويس الثالث عشر معاشاً وإذ كان مستشاراً لكرستين ملكة السويد ، فراعى جانب هؤلاء الملوك .

أما هوبز (١٥٨٨ — ١٦٧٩) ولوك (١٦٣٢ — ١٧٠٤) ، وروسو (١٧١٢ — ١٧٧٨) فقد اتفقوا جميعاً فيما يأتى :

(أولا) كان الناس يعيشون قبلا فى عهد الفطرة قبل أن ينتظموا فى الجمعية البشرية .

(ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء فى هذه الحالة ؛ فإن الناس أبرموا عقداً اجتماعيا (Contrat Social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة إلى عهد النظام[١] .
ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفى العقد الاجتماعى وأثر هذا العقد ، وفقاً للقانون الطبيعى الذى تصوروه . فرأى هوبز أن العقد قد تم بين أفراد الناس جميعاً ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن يتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم ، وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فإن الاستبداد خير من الرجوع إلى حالة الفوضى . وكان هوبز[٢] فى نظريته هذه نصيراً للحكومة الاستبدادية التى كانت قائمة فى إنجلترا فى عهده . ورأى لوك[٣] ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الإنجليزية التى شبت فى سنة ١٦٨٨ ، أن العقد الاجتماعى قد أبرم بين الشعب والسلطان ، على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقى ، فإذا أخل السلطان بتعهده

---

(١) فكأن القانون الطبيعى هو الذى كان سائداً واستبدل به « قانون اتفاق » مستمد من « العقد الاجتماعى » .

(٢) Ains le droit est l'ensemble des moyens à l'aide desquels l'homme peut conserver sa vie : le premier, le meilleur de ces moyens, c'est la force. Entre les hommes, la lutte s'impose donc fatalement. Pour imposer la paix, il faut que les individualités se donnent un maître et constituent une autorité au-dessus de laquelle il n'y ait rien. (Leviathan ch XIV Charmont p. 22).

(٣) Treatise on Civil Government .

من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب أن يفسخ العقد الذى أبرمه مع السلطان ، وتكون الثورة فى هذه الحالة مشروعة .
ورأى روسو [١] ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، أن العقد الاجتماعى إنما أبرم

---

(١) وأهم كتاب له « العقد الاجتماعى Contrat Social وذهب فيه إلى أن الحرية حق طبيعى للانسان . ويقول روسو :

Cette libereté commune est une conscéquence de la nature de l'homme. Sa première loi est de veiller à sa propre conservation, ses premiers soins sont ceux qu'il se doit à lui-méme ; et sitôt qu'il est en âge de raison, lui seul étant juge des moyens propres à le conserver, devient par là son propre maitre.

وأن القوة لا يمكن أن تكون أساساً للحق . ويستخلص من ذلك أن الأساس الذى تقوم عليه الدولة ليس هو سلطة طبيعية للسلطان على الشعب ، وليس هو القوة فلا يمكن أن يكون إلا الرضا والاتفاق ، إذ يقول :

Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit ancun droit, restent donc les corventions pour base de tuote autorité légitiMe parmi ls hommes. (Liv I Ch. IV).

Un peuple, dit Grotius, peut se donner à un roi. Selon Grotius, un peuple est donc en peupl avant de se donnei à un roi. Ce don-même est un acte civil ; il suppose une delibération publique. Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi. il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple; car cet acte, étant nécessairement antérieur à l'autre, est le vrai fondement de la société. (Liv I Ch V).

ويخلص من ذلك إلى العقد الاجتماعى (pacte social) فيقول :

Je suppose que les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent par leur resistance sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changerait de maniére d'être. (Liv. I Ch. VI)

ونرى من ذلك أن روسو كالفيلسوفين هوبز ولوك فرض أن المجتمع البشرى من قبل قيام الدولة على حالة فطرية طبيعية حيث يعيش الإنسان غير مرتبط بعلاقة ما مع سلطان أو دولة ، وحيث يكون حرا حرية طبيعية لا يحدها سلطان أو دولة . ثم يصبح متعذراً على الإنسان أن يبقى فى هذه الحالة الطبيعية .

وبعد أن يفرغ روسو من بيان الأساس الذى تقوم عليه الدولة ، يعرض للقوانين الوضعية فيبنيها على أساسين جوهريين : الحرية (ويقصد بها الحرية الاتفاقية) والمساواة (وقد أخذتهما عنه الثورة الفرنسية وأضافت إليهما الإخاء) (الكتاب الثانى الفصل الحادى عشر) . ولكنه يذهب إلى أن هذين المبدأين الجوهريين يأخذان عند التطبيق شكلا معيناً يتناسب مع حالة كل =

ما بين أفراد الشعب جميعاً على أن يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعيـة للشعب نفسه ، إذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستعيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكلون أمر الإشراف عليها إلى وكيل يقيمونه ، لهم حق عزله إذا أخل بواجبات الوكالة .

وليس الضعف فى هذه النظريات جميعاً راجعاً إلى أنها افترضت وجود عقد اجتماعى لم يثبت التاريخ وجوده ، فإن الفلاسـفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعى كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكيفون به الروابط الاجتماعية ، وإنما الضعف الحقيق يرجع إلى القول بأن الناس عاشوا قبلا فى عهد الفطرة ، فلم تنتظمهم جمعية بشرية . والواقع من الأمر أن الجمعية البشرية وجدت منذ وجود الإنسان ، ولم يعش الإنسان ولا يستطيع أن يعيش إلا فى المجتمع .

٣٧ — مذهب القانون الطبيعى فى عهد الثورة الفرنسية وقانون نابليون :

وقد تأثرت الثورة الفرنسية إلى حد كبير بمذهب القانون الطبيعى ، وكانت فى تأثرها خاضعة لنظريات روسـو فى الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الأمريكية حيث أعلنت حكومات أمريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعى[١] ، وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الإنسان »

= أمة وملابساتها . ونرى من ذلك أن روسو يقول بقانون طبيعى يسيطر على القوانين الوضعية ، وأن قانون كل أمة يظهر فيه أثر حاجاتها الخاصة ، وهو فى النهاية مبنى على أسـاس القانون الطبيعى فلا يحيد عنـه . وإذا حاد فلا يلبث القانون الطبيعى أن يتغلب على القانون الوضعى وتكون له السيطرة فى النهاية .

(١) من ذلك ما أعلنته حكومة ڤرجينيا فى المادة الأولى من دستورها :

Tous les hommes naissent également libres et indépendants, et ont des droits naturels et inhérents à leurs personnes, dont ils ne peuvent, par quelque convention que ce soit, priver ni dépouiller leurs déscendants; telles sont la vie et la liberté, avec tous les moyens d'acquérir et de posséder les biens, de chercher et d'obtenir le bonheur et la sûreté.

(Déclaration des Droits de l'Homme) ، وهى حقوق تستند كلها إلى مبادىء القانون الطبيعى ، وقد نصت المادة الأولى منها على ما يأتى : « يولد الناس ويظلون أحراراً متساوين أمام القانون[١] » ونصت المادة الثانية على ما يأتى : « الغاية من كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التى لا تزول ، وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف[٢] » .

وقد كاد واضعو قانون نابليون أن يسجلوا فى هذا القانون ما قررته الثورة الفرنسية فى «إعلان حقوق الإنسان» من وجود قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير. فجاء المشروع الأول لقانون نابليون ينص فى مادته الأولى على ما يأتى : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس إلا العقل من حيث إنه يحكم كل البشر[٣] » . ولكنهم انتهوا إلى حذف هذا النص من القانون ، لا على اعتبار أنه غير صحيح ، بل إنه اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفى لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية[٤] .

---

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

(٢) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la resistance à l'opression.

(٣) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.

(٤) ولكن بعض التشريعات قد ذكرت القانون الطبيعى : فالقانون المدنى النمساوى الصادر فى سنة ١٨١١ نص عليه صراحة فى مادته السابعة . وكذلك القانون المدنى المصرى المختلط الصادر فى سنة ١٨٧٦ ، إذ قال فى مادته الحادية عشرة : « عند عدم وجود نص ، أو عند عدم كفاية النص ، أو غموضه ، يحكم القاضى بمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » En cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge se conformera aux principes du droit naturel et aux régles de l'equité.

المطلب الثانى

مذهب التطور التاريخى

(L'Ecole Historique)

٣٨ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخى :

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعى العام الثابت الذى يكشفه العقل البشرى والذى كلما اقترب منه القانون الوضعى كان أقرب إلى الكمال . وكانت حركة التقنين فى فرنسا التى تمت فى عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . فما دام هناك قانون طبيعى ثابت لا يتغير ، فإن تقنين القانون الوضعى لا يتنافى إذن مع طبيعة القانون ، إذ يمكن للعقل البشرى أن يكشف القانون الطبيعى وأن يسجله فى كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فإنه ثابت أبدى .

وقد أتم الفرنسيون تقنين قوانينهم فى السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا إلى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة فى سبيل استقرار القوانين[١] . وقد انتقلت عدوى التقنين إلى بعض الأمم الأخرى كالنمسا . وقام فى ألمانيا تيبو (Thibaut) ينادى بتقنين القانون الألمانى . فتصدى له سافينى (Savigny) الفقيه الألمانى المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين فى رسالة مشهورة نشرت فى سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير فى عالم القانون ، فقد أرخت مذهباً جديداً هو مذهب التطور التاريخى .

---

(١) بل إن نابليون ، وقد كان يؤمن بأن القانون استقر بالتقنين ، كان يدهشه أن يجد فقيها يشرح القانون .

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة إلى القرن الثامن عشر ، ولم يكن أمام فلاسفة القانون إلا أن يروه قانونا ثابتا لا يتغير فى الزمان ولا فى المكان (مذهب القانون الطبيعى) . وبالفعل فقد كانت فكرة القانون الطبيعى هى السائدة ، وظلت سائدة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخى قال بها بعض الفلاسفة فى القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسيكو (Montesquieu) صاحب كتاب « روح الشرائع » (L'Esprit des Lois) ، ولكن الفكرة لم تصبح مذهباً إلا على يد هيجو (١٧٦٨ — ١٨٤٤) وسافينى (١٧٧٩ — ١٨٦١) فى أول القرن التاسع عشر . وقد عرف القرن التاسع عشر فى أوائله كذلك مذهباً ثالثاً ، يرى القانون مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا (مذهب أوستن) . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم ثلاثة مذاهب فى تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخى كان فى الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعى ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٩ — المبادئ التى قام عليها مذهب التطور التاريخى :

يقوم مذهب التطور التاريخى على مبدأين :

(أولاً) لا يوجد قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير ، بل القانون متغير ، يتطور وفقا لحاجات كل أمة وظروفها[1] . فالقانون كاللغة ، ينشأ فى البيئة

---

(١) وقد أثبت التاريخ أن القانون لا يمكن أن يكون ثمرة التفكير والاستنباط ، وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية . على أنه من العبث الذى لا طائل تحته أن نستخرج من مجرد التفكير مثالا أعلى للقانون بقصد تطبيقه على كل أمة وفى كل زمان ، إذ أن هذا التفكير لا يمكن أن يؤدى بنا إلى نتيجة واحدة ، بل إلى نتائج لا حصر لها . فإنك إذا سألت أى إنسان عما يقصده بالقانون الطبيعى أجابك بما يهديه إليه تفكيره الشخصى ، وهو فى هذا يتأثر بآرائه الخاصة وعواطفه ومعتقداته الاجتماعية والدينية ، فكل منا يصور القانون على طريقته الخاصة . ويقول بنتام فى هذا : « اتخذ الكتاب هذه الكلمة كما لو كانت هناك مجموعة (Code) من القوانين الطبيعية =

الاجتماعية ، وينمو نموا ذاتيا ، ويتطور متأثراً بعوامل البيئة الإقليمية والجوية والجغرافية والدينية والاجتماعيـة والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويترعرع كمظهر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة . وهو فى مبدأ أمره يكون فى شكل عادات تنغرس فى المجتمع ، وتتطور هذه العادات بعد ذلك مع تطور البيئة التى وجدت فيها ، وخضوعا للمقتضيات الاجتماعية التى تحكم هذه البيئة[١] .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخى ، خلافا لمذهب القانون الطبيعى ، يرى أن القانون ليس عاما ولا ثابتاً . فلـكل أمة قانونها الخاص بها ، المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون إذن متغير فى المـكان وفى الزمان[٢] .

= فهم يلجأون إليها ويذكرونها ويقابلون بينها وبين قوانين المشرعين ، دون أن يفطنوا إلى أن هذه القوانين ليست إلا قوانين من محض تصورهم» . فـكيف يمكن أن نستخرج من كل هذا تلك القواعد الثابتة التى لا تتغير والصحيحة فى كل زمان ومكان ؟ (انظر كابيتان المدخل لدراسة القانون المدنى ص ٣٦) .

(١) **Le droit est la resultante des besoins sociaux, "le produit des forces intérieures et silencieuses." Il trouve son éxpression inconsciente dans la coutume : comme la langue, comme la réligion, il procède d'un effort collectif. Subissant les modifications incessantes de la jurisprudence, de la pratique juridique, il se transforme lentement, insensiblement : les lois nouvelles ne font que constater ces transformatious. Le juriste, celui qui dit le droit ne réalise pas ces réformes; il ne fait que les exprimer. C'est le peuple qui crée son droit; et le peuple n'est pas seulement l'ensemble des citoyens existant à une même époque; "c'est l'unité au sein de laquelle se succèdent les générations, unité qui rattache le présent au passé et à l'avenir, C'est la tradition qui veille à la conservaion du droit, et la tradition est un héritage, qui se transmet par la succession continuelle et insensible des générations." (Savigny : Traité de droit romain, traduction guenoux T. I. P. 20).**

(٢) وإذا كان هناك شيء من الوحدة بين القوانين المختلفة المتغايرة بتغاير الزمان والمـكان ، فما هذه الوحدة إلا أثر لوحدة العقل البشرى . ولـكن لما كان القانون وليد البيئة وثمرة التضافر غير المحسوس ، ولما كان البيئة والتضافر لا يتوفران إلا بين أمة معينة لها وحدتها ، لا بين الأمم جميعاً ، لذلك كان لـكل أمة قانون يختلف عن قوانين غيرها من الأمم . (المرجع السابق T. I. § VIII p. 20–21) .

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرة التطور . فإن نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك إرادة عاقلة تسيره[1] وتكيفه ، فهو يتطور لا يُطوَّر .

٤٠ — مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخى :

وسنرى فيما يلى أن مذهب التطور التاريخى قد هوجم بدوره ، وأن مذهب القانون الطبيعى ، بعد أن انتكس فى أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد إلى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير فى المكان وفى الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة ، واتخذ المذهب اسماً جديداً ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة .

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعاً لإرادة مؤثرة ، ومتمشياً مع غاية اجتماعية مرسومة .

---

(١) وبذلك يكون هذا المذهب قد صور المشرع فى شكل آلة يقتصر عملها على تسجيل ما يقتضيه التطور ، إذ القانون يتكون من نفسه . ولكن من السهل ملاحظة أن المشرع ليس مجرد آلة تسجيل ، بل له دائما حظ كبير من الإرادة والتصرف فى سن القوانين . ذلك أنه إذا ما أريد وضع قوانين تلائم الحاجات الجديدة ، فقد تتعدد أمامه الوسائل وتتشعب السبل ، فأية وسيلة يتبع وأى سبيل يسلك ؟ لا شك أن المشرع يختار من بين تلك الوسائل والسبل ما يقوده بحثه وتفكيره إلى تفضيله عن غيره . وهاك مثلا يوضح ذلك : نلاحظ فى الوقت الحاضر فى كل الدول الحديثة وجود قوانين ونظم للعمال خاصة بحمايتهم ، ظهرت على أثر تغير الظروف الاقتصادية بعد اختراع الآلة وانتشارها وتجمع العمال وتحكم أصحاب رؤوس الأموال فيهم ، إذ كان لا بد من تنظيم مصالح هذه الجماعات وترقية حالها والسماح لها بتكوين نقابات تذود عن حقوقها . لكن إن أنت قارنت بين قوانين الدول المختلفة ، وجدت تفاوتاً بينا يرجع السبب الأساسى فيه إلى مشرع كل دولة واختياره ما يراه كفيلا بتحقيق الأغراض التى يتوخاها . والمدرسة التاريخية باعتدادها بالبيئة فحسب جانبها التوفيق لأنها أهملت إرادة الفرد . وسنرى أن مذهب الغاية الاجتماعية يقوم على الناحية التى أغفلها مذهب التطور التاريخى ويجعل الإنسان العامل الأول فى سن القوانين .

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخى قد هوجم من ناحيتيه ، ولا يتبقى منه صحيحاً إلا ما قرره من أن القانون وليد التطور يتأثر بما فى البيئة من عوامل مختلفة .

المطلب الثالث

مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

(Droit Naturel à Contenu Variable)

---

٤١ — الفكرة الجديدة التى قام عليها :

رأينا أن مذهب القانون الطبيعى قد انتكص فى أوائل القرن التاسع عشر ، واهتز تحت حملات المدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك وهاجم بدوره ، بعد أن تخلص من عيوبه ، المدرسة التاريخية فى إحدى نواحيها الضعيفة . فإن من عيوب المدرسة التاريخية أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير ، ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المختلفة وأن تجعلها منسجمة فى ضرب من الوحدة ينتظمها جميعاً . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعى جهودهم إلى هذه الناحية . وقد ابتدأوا بالاعتراف بما فى مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعى وخلق البيئة . كما أنهم من جهة أخرى غيروا من نظرتهم إلى القانون الطبيعى ، إذ لم يعد فى نظرهم مجموعة القواعد التى تمثل الكمال والتى هى ثابتة فى الزمان والمكان ، وإنما هو مجرد المبدأ الذى يلهم الإنسان ويوجه جهوده نحو تحسين النظام الاجتماعى وترقيته . هذا المبدأ الذى يوجه الإنسان ليس إلا مثلا أعلى للعدالة يسعى الإنسان — مشرعاً كان أو قاضياً أو فيلسوفا — إلى كشفه وتحقيقه فى الهيئة الاجتماعية . وليس هناك من أمة

إلا وتسعى إلى تحقيق هـذا المثل الأعلى ، شأنها فى ذلك شأن الفرد الذى لا بد له فى حياته من اتجاه وغرض . هـذا المثل الأعلى هو القانون الطبيعى ، وهو لم يمل على المشرع الحلول الوضعية التى يراد بها تنظيم الروابط بين الأفراد ، فإن أساس ذلك — وهنا يظهر تقرب هذا المذهب من مذهب التطور التاريخى — لا يمكن أن يكون إلا الحاجات الاقتصادية والظروف الاجتماعية ، و إنما هو يوحى بالغرض الذى يسعى المشرع إلى تحقيقه ، وهو بهـذا يربط ما بين القوانين ويكسبها صفة الانسجام بحيث تتضافر جميعها نحو غاية واحدة ، و بدون هذا الغرض لا تكون القوانين إلا مجموعة متنافرة من القواعد المبعثرة[١] .

فالقانون الطبيعى ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ومكان ، و إنما هو قانون متغير الحدود يختلف بحسب الزمان والمكان .

على أن هناك أسساً مشتركة بين جميع الأمم وجميع الأجيال ترجع إلى أن طبيعة البشر واحدة ، و إلى أن الإنسانية فى مجموعها تمثل وحدة تعلو على تغاير الزمان والمكان .

٤٢ — مقارنة بين النظريتين القديمة والحديثة :

ومما تقدم يظهر أن القانون الطبيعى فى وضعه الجديد قد تغير تغيراً كليا ، فلم يعد مبادىء ثابتة تمثل الكمال لا تتغير لا فى الزمان ولا فى المكان ، و إنما أصبح مجرد مبدأ أو مثل أعلى أو هو فكرة العدالة التى توجب على المشرع أن يراعيها فى كل ما يسن من قوانين . و إذا كان هناك شىء مشترك بين المذهبين فذلك أن المثل الأعلى فى كليهما نصل إليه عن طريق العقل البشرى ، و بهذا القدر الضئيل يلتقى المذهبان ، إن استطعنا أن نسمى هـذا تلاقياً . أما فكرة المثل الأعلى فهى

---

(١) انظر كابيتان المدخل لدراسة القانون المدنى ص ٣٥ و ٣٦ .

مختلفة فى الواحد عن الآخر تمام الاختلاف . فبينما هـذا المثل الأعلى فى النظرية القديمة مجموعة مبادئ لا تتغير لا فى الزمان ولا فى المكان نراه فى النظرية الجديدة يتطور خلال الزمن وفق المقتضيات الاجتماعية والاقتصادية ، ولا يبقى منه ثابتاً إلا بعض مبادئ قليلة العدد .

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعى مرونته من المدرسة التاريخية واعترف بتطور القانون وفقاً لظروف الزمان والمكان كثر أنصاره . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه فى ألمانيا ستاملر (Stammler) وهو الذى دعاه باسمه الجديد ، وهيجل (Hegel) ، وفى فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont)[1] وغيرهما .

---

(١) ونرى من المناسب هنا أن نشير إلى ما يقوله بعض العلماء المحدثين عن القانون الطبيعى ، ونكتفى بالإشارة إلى رأى الأستاذين بلانيول وجوسران .

يقول الأستاذ بلانيول (Planiol) إن من حسن حظ الإنسانية وجود القانون الطبيعى ، ولكنه شيء يختلف اختلافاً كليا عن الفكرة القديمة : هو مجموعة المبادئ القليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق ، والتى يلتزم بها المشرع ، والتى بمقتضاها نحكم على عمله فنمتدحه أو نذمه . فالقانون الطبيعى ليس هو القانون ولا نموذج القانون بل هو القاعدة العليا للتشريع ، التى إن حاد عنها وخرج عليها فإنه يسن قانوناً ظالماً أو فاسداً . على أن مبادئ القانون الطبيعى قليلة العدد : فإذا ما قيل إن على المشرع أن يضمن حياة الناس وحريتهم ، وأن يحمى حرية العمل وحرية المال ، وأن يمنع ما من شأنه أن يضر بالنظام الاجتماعى والأدبى ، وأن يعترف للزوجين والأقارب بحقوق وواجبات متبادلة ، فإننا نكون جد بعيدين عن وضع قواعد قانون وضعى ، ولكنا نكون قد استنفدنا تقريباً مبادئ القانون الطبيعى .

من هذا يظهر أن القانون الطبيعى هو فى ذات الوقت محدود من حيث موضوعه ، سام من حيث مركزه بالنسبة للتشريعات البشرية التى يوحى بها ويهيمن عليها . وهذا هو الذى يفسر ظاهرة هامة ؛ ذلك أنه مهما اختلفت القوانين الوضعية بعضها عن بعض فهى فى مجموعها موافقة للقانون الطبيعى . وهذا هو عين السبب الذى يجعل القانون الطبيعى محتفظاً بوحدته وسط ذلك الاختلاف الكبير بين التشريعات (بلانيول جزء أول س ٦ و ٧) .

أما الأستاذ جوسران (Josserand) فيقول بأن كلمة القانون الطبيعى توحى إلى العقل مثلا أعلى يراد تحقيقه . وهذا المثل ، فى رأى البعض ، إنما هو مثل ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان ، بينما يراه البعض الآخر متغيراً يتطور خلال القرون وفق المدنيات والحاجات الاجتماعية .

=

المطلب الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

(Théorie du But Social)

٤٣ — الغاية والكفاح فى القانون :

يعتبر إهرنج (Ihering) (١٨١٨ — ١٨٩٢) الفقيه الألمانى المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية[١] . فعنده أن القانون لا يتطور تطوراً أعمى إلى غير غاية ، بل إن نشوءه وتطوره إنما يكون طبقاً لغاية مرسومة[٢] ، وأن عامل

= وفى رأيه أنه يمكن الجمع بين الفكرتين على ما بينهما من اختلاف جوهرى على النحو الآتى: توجد فى القانون الطبيعى مبادىء ثابتة لا تتغير . مثال ذلك : الوفاء بالوعد ، والقوة الملزمة للعقود ، وعدم رجعية القانون ، وإصلاح الضرر الذى تسبب عن غير حق . وإلى جانب هذه المبادىء الضرورية الثابتة ، نلاحظ فى عصر معين وفى كل البلاد التى على درجة واحدة من الحضارة ، وجود ميول مشتركة وشعور قانونى عام ، تنزع كلها إلى تحقيق إصلاحات هى فى الواقع فى إحساس الجيل . فمثلا نلاحظ فى هذه السنين الأخيرة ميلا عاما إلى تقليل الفروق الاجتماعية ، وتشجيع الزواج والإكثار من النسل ، والاهتمام بإشهار التصرفات القانونية ، ومنع كل تعسف فى استعمال الحقوق . هناك إذن تيارات قانونية لا يمكن مقاومتها ، وهذه التيارات هى التى تكون القانون العام العالمى **Le droit commun universel** ...

فالقانون الطبيعى يؤثر فى القانون الوضعى من ناحيتين مختلفتين :

١ — من حيث كونه أساساً له فيشعر المشرع بضرورة احترام تلك المبادىء الضرورية الخالدة .

٢ — من حيث إنه يشعره بضرورة التطور والسير نحو مثل أعلى متغير (الجزء الأول نمرة ٦ ص ٦ و ٧) .

(١) انظر كتابيه المعروفين : « الغاية فى القانون » (**Der Zweck im Recht**) ، و « الكفاح من أجل القانون » (**Der Kampt ums Recht**) .

(٢) ويأخذ هذا المذهب عن مذهب التطور التاريخى فكرة التطور والتحول المستمر فى النظم ، ولكنه يرفض الفكرة القائلة بأن هذا التطور يحدث من تلقاء نفسه وأنه مستقل عن إرادتنا . انظر شارمون ص ٨٩ و ٩٠ ، إذ يقول :

A l'Ecole Historique, elle emprunte la notion d'evolution. de transfor- =

الإرادة البشرية فى تطوير القانون عامل لا يجوز إغفاله ، بل إن عامل الإرادة هذا قد يشتد حتى يصبح إرادة عنيفة ، بل كفاحا مستمراً ، يوجه القانون إلى الغاية المقصودة . ومن ذلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين :

(١) الغاية (But) .

(٢) والكفاح (Lutte) .

٤٤ — قانون السبب وقانون الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها ، هى أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فإنها تخضع لقانون الغاية . فالجسم يهبط من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية ، والإنسان يتصرف تصرفا معيناً للوصول إلى غاية معينة ، والإسفنج إذا شرب الماء فإنما يخضع بذلك لقانون السبب ، أما الإنسان إذا شرب الماء فإنما يخضع لقانون الغاية . والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يلى :

١ — السبب سابق على المسبب أما الغاية فلاحقة للوسيلة .

٢ — السبب أعمى ، والغاية مبصرة .

٣ — السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

٤٥ — القانون وسيلة لغاية :

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع

= mations incessantes des institutions. Mais elle répudie l'idée que cette évolution se produit spontanément, qu'elle est indépendante de notre volonté. Elle voit là une des hérésies des plus redoutables que l'on puisse concevoir, car dans un domaine où l'homme doit agir, avec la pleine et claire conscience du but et avec l'application de toutes ses forces, elle le leurre en lui faisant croire que les choses s'arrangent d'elles-mêmes, qu'il n à rien de mieux à faire que de se croiser les bras et d'attendre plein de confiance ce que met au jour peu à peu la pretendue source prémordiale du droit, la conscience nationale.

لقانون الغاية ، فالقانون ليس إذن إلا وسيلة لتحقيق غاية . والإنسان لا يصدر فى عمله إلا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون له غاية يرسمها لنفسه وإن كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه وإن نقصه استقامة هذه الغاية .

والغاية من القانون هى حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة والألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقروناً باللذة التى يدفع إليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقروناً بالألم الذى يبعده عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثواباً يدفع إليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذى ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

فالقانون إذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والإنسان فى ذلك يسير على هدى غايته سيراً إيجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفاً سلبيا يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه ، بل هو يؤثر فى القانون بفعله ويكيف تطوره ، بل هو يقوم بأكثر من عمل إيجابى ، يقوم بكفاح عنيف حتى يغير من اتجاه القانون إذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملاً عنيفاً بالغاً فى العنف ، ولكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدنية المتطورة لا يشترى إلا بهذا الثمن .

٤٦ — مزية مذهب الغاية :

من مزايا مذهب الغاية الاجتماعية أنه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور

التاريخى من المبالغة فى تصوير القانون تطوراً يقع من تلقاء نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » ، وهو تطور أعمى لا قصد له ولا غاية . فنظرية اهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هى حفظ المجموع . فإذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل وتنفض غبار الاتكال الذى يتراكم فى مذهب التطور التاريخى ، وهو المذهب الذى يدع الإنسان يكتف يديه مكتفياً بأن ينظر إلى القانون وهو يتطور .

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الإنسان ، يريد ويكافح فى سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التى خطت بالإنسانية إلى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير المختلفة : تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب ، وتحرير العمال .

المبحث الثانى

المذاهب العلمية الواقعية وأهمها[1]

مذهب ديجى : مذهب التضامن الاجتماعى
(Solidarité Sociale)

---

٤٥ — الأسس التى يقوم عليها المذهب :

يعتبر ديجى (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعى من رجال

---

(١) وهى كما قلنا فى مقدمة الفصل الثانى مذاهب تنظر إلى القانون كعلم اجتماعى واقعى =

القانون . وقد بسط مذهبه فى مؤلفات له كثيرة[(١)] . وهو يبسطه على أنه مذهب علمى واقعى (Positive) بعيــد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيكية (Métaphysique) . والميتافيسيكا تختلف عن العلم فى أنها تبحث فى الأصــل الأول للأشياء ، فلا تقف عند الشكل والصــورة ، بل تجاوز ذلك إلى الجوهر والهيولى . وهذا الأصل الأول هو المجهول الواجب الوجود ، ولا وسيلة لإدراكه غير العقل . أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذى لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب : فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمى .

ولما كان مذهب ديجى مذهباً علمياً واقعياً ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ، ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعى أن يقوم مذهبه على ركنين :

(أولا) ما يقرره من الحقائق الواقعة .

(ثانيا) ما يستخلصه من نتائج هذه الحقائق الواقعة .

٤٨ — أولا : الحقائق الواقعة فى مذهب التضامن الاجتماعى :

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) **وجود المجتمع** : مما لا شك فيه أن الإنسان يعيش فى المجتمع ، وأنه كان دائماً يعيش فى المجتمع ، ولا يمكن أن يعيش إلا فى المجتمع . فالمجتمع إذن

= يعرف بالمشاهدة والتجارب، كسائر العلوم دون أن ينطوى على أية فكرة ميتافيسكية . وإلى جانب مذهب التضامن الاجتماعى هناك المذهب العلمى الاجتماعى وزعيمه دركايم ، والمذهب العلمى القانونى وزعيمه هوريو .

(١) وضع ديجى مذهبــه فى كتابه المعروف L'Etat, le droit objectif et la loi positive ثم تلته كتب أخرى ورد فيها مذهبه مبسوطاً أو موجزاً (ومن أهمها : Traité de droit constitutionnel فى أربعة أجزاء و manuel de droit constitutionnel) .

حقيقة واقعة . على أن للإنسان أيضاً ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع أن يرضيها إلا فى المجتمع وبالمجتمع .

(٢) **وجود التضامن الاجتماعى** : وما دام الإنسان يحس ذاتيته ولا يستطيع أن يفى بحاجاته إلا فى المجتمع ، فإنه يرتبط بأفراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجى حقيقة واقعة علمية لا مثل أعلى ميتافيسيكى . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية ، فقد كان الإنسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين فى الدفاع عن النفس وفى توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الأسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق أسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (Cité) ، وهى مجموعة من الأسر تربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الأمة (Nation) ، وجمع بينه و بينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضى من أحداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بأفراد الإنسانية جميعاً فى المستقبل البعيد .

(٣) **تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم** : والتضامن الاجتماعى نوعان ؛ تضامن اشتراك (Solidarité par similitude) وتضامن تقسيم العمل[١] (Solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتى من اشتراك الناس فى حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعاً للحصول عليها ، كما يحدث ذلك بين أفراد الأسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتى من اختلاف الناس فى حاجاتهم وفى قدرتهم على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل فيما بينهم ، يقوم كل منهم

---

(١) ويعتبر دير كايم — فى كتابه تقسيم العمل الاجتماعى (١٨٩٢) — أول من حدد طبيعة التضامن الاجتماعى وقسمه إلى نوعيه الأساسيين : تضامن اشتراك وتضامن تقسيم .

بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ما عنده بما عندهم . وهـذا الضرب من التقسيم هو الذى يسود شيئاً فشيئاً مع تقدم المدنية ، لأن النـاس مع تقدمهم يزدادون تبايناً فى الـكفايات واختلافا فى الحاجات ، فيجنح كل فريق منهم إلى التخصص .

٤٩ — ثانيا : النتائج المستخلصة من هذه الوقائع :

وبعد أن يخلص ديجى من تقرير الواقع بشأن التضامن الاجتماعى ينتقل إلى أن يجعل هـذا التضامن أساساً للقانون[٣] ، إذ المجتمع لا يقوم إلا على التضامن .

يستخلص ديجى من الحقائق الواقعة نتيجة إيجابية وأخرى سلبية ، فالنتيجة الإيجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية (Dro Objectif) والنتيجة السلبية هى إنكار وجود الحق الفردى (Droit Subjectif) .

٥٠ — (١) وجود القاعدة القانونية :

يستخلص ديجى من الحقائق التى قررها قاعدة قانونيـة جوهرية هى أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورتيه ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجى أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى ليس إلا تطبيقاً لهذه القاعدة[٥] .

---

(١) Etant donné le fait de la solidarité sociale, ainsi reconnu dans sa double portée, l'homme,—être à la fois individüel et social, que guide une loi de finalité non pas transcendante et générale, mais immanent et spécial, — par cela même qu'il a conscience de ce fait, doit en vouloir et en veut effectivemeunt la réalisation. Ainsi, surgit une régle de conduite, s'imposant aux hommes en vertu de la force des choses, la régle de droit . . . . (Geny, II. p. 202).

(٢) والقاعدة القانونية عند ديجى تتوافر فيها الصبغتان : الصبغة الاجتماعية والصبغة =

وهـذه القاعدة تلزم الفرد وتلزم الدولة . أما إلزامها للفرد فمعناه أن كل إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تـكون نافذة منتجة لآثارها ، وكل إرادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما إلزامها للدولة فمعناه أن الحـكومة ملزمة بتمكين الفرد من إتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعى أساساً لها فى الإدارة وفى القضاء وفى التشريع . والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائماً على أساس التضامن الاجتماعى ومحققاً له[١] .

٥١ — (٢) عدم وجود الحق الفردى :

ويذهب ديجى إلى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث إنه إنسان ، بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه فى التضامن الاجتماعى . وإذا كان له هذا الحق فذلك الحق هو أن يقوم بواجبه فى تحقيق هذا التضامن .

فالحرية ليست حقاً للفرد ، بل هى وظيفة اجتماعية تمـكن الفرد من تنمية شخصيته وإعداده لتحقيق التضامن الاجتماعى ، فيجب تقييدها وفقاً لمقتضيات

— الفردية . فهى اجتماعية لأنها لم توجد إلا لتنظيم روابط الإنسان فى المجتمع . وهى فردية لأن ضمير الفرد يشتمل عليها ، ولأنها لا تطبق ولا يمكن أن تطبق إلا على الأفراد . والقاعدة القانونية عنده كذلك ثابتة متغيرة فى آن واحد ، فهى ثابتـة فى أساسها (وهو التضامن فى صورتيه) متغيرة فى تطبيقاتها المختلفة المتنوعة بتنوع البيئة والجيل . وبهـذا تكون بعيدة كل البعد عن أن تكون قاعدة مثالية ومطلقة يجب على الناس أن يعملوا على التقرب منها كما يريد مذهب القانون الطبيعى (انظر جنى الـكتاب الثانى ص ٢٠٣) .

(١) Le rôle eminent des gouvernants se traduit surtout en l'acte législatif, ou emission de la loi positive matérielle (et non formelle), qui, dans la civilisation moderne, apparait comme le mode normal et régulier de constater autoritairement la règle de droit, d'une manière générale et abstraite, et qui, obligatoire pour tous, constitue, à titre de garantie des gouvernés, la limite et la direction nécessaire administrative ou juridictionnell des gouvernants. (geny II. p. 206).

هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الإنسان حرا فى أن ينتحر أو يدخل فى مبارزة ، ولا فى أن يقوم بألعاب خطرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

والملكية كذلك ليست حقا للفرد ، بل هى وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم ما دامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية فى المدنية الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعى ، إذ أن هذا التضامن الاجتماعى يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمرة عمله ، وأن يستطيع ادخاره ، بل وأن يورث عنه ، وبذلك تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها فى الإنتاج ، وهى أحد أركانه الهامة . فالمالك ينظر إليه إذن كشخص عليه واجب يقوم به فى تحقيق التضامن الاجتماعى ، والملكية وظيفة اجتماعية يؤديها . وما دامت الملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها فى غير هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسئولية المالك إذا استعمل ملكه فى الإضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكا للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير فى فضائه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يأخذ منه التعويض المناسب . على أن الملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى إلا فى الظروف التى تبررها . أما إذا تغيرت الظروف وتطورت وسائل الإنتاج ، وأصبحت الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فإنها يجب أن تزول .

٥٢ — نقد مذهب التضامن الاجتماعى :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجى يزعم أنه خصم لدود للميتافيسيكا ، وأن مذهبه علمى واقعى . والواقع من الأمر أن مذهبه لا يسلم من الميتافيسيكا حتى فى أسسه الجوهرية . وذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هى حقيقة التضامن الاجتماعى ،

ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعى يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها. أما أنه يقوم عليها فهو صحيح. وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح، إذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعى يقوم عليها المجتمع، بل إن هناك حقيقة مناقضة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعى، هى حقيقة التنافس والتناحر ما بين الأفراد وتنازع البقاء، لها أثر فى نظام المجتمع لا يقل فى القوة عن أثر التضامن.

بقى أن يرد ديجى: ولكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لا على التنازع. ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب، أى من دائرة العلم إلى دائرة الميتافيسيكا.

المبحث الثالث

المذاهب المختلطة [1] وأهمها

مذهب جنى: العلم والصياغة

(Science et Technique)

---

٥٣ — العلم والصياغة والقانون:

يذهب جنى (Geny) فى كتابه المعروف «العلم والصياغة فى القانون الخاص» (Science et Technique en Droit Privé)، إلى أن القانون شىء معقد

---

(١) وهى كما قلنا مذاهب تبنى القانون على أساس مزدوج: علمى واقعى، وفلسفى ميتافيسيكى. فهى لا ترى القانون علماً خالصاً ولا فلسفة خالصة، بل هو مزيج من هذا وذاك. وأهم هذه المذاهب مذهب الأستاذ جنى. ومن الفقهاء من أخذ بهذا المذهب أو حاكاه مثل الأساتذة بنكاز وريبار وشارمون.

فى طبيعته ولا بد من تحليله تحليلا دقيقاً حتى تتبين ماهيته . وعنـده أن القانون يشتمل على عنصرين : العلم والصياغة .

فالعلم (Science) بالمعنى الواسع الذى يريده جنى ، هو المـادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم إذن هو المادة والجوهر .

والصياغة (Technique) ، هى القالب الذى تصاغ فيه هذه المـادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى . فالصياغة إذن هى الشكل والصورة[١] .

ولنبسط القول فى كل من هذين العنصرين .

§ ١ – العـلم

٥٤ — العوامل الأربعة التى يتضمنها العلم :

يميز جنى فى العلم بين عوامل أربعة :

(١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) .

(٢) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) .

(٣) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) .

---

(١) وإليك ما يقوله جنى فى هذا الصدد :

Tantôt, il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la "nature sociale", interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des régles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire, Et c'est que j'appelle le donné, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut. Tantôt, le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les mêmes besoins de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destineés. (Geny I p. 97).

(٤) عامل الحقائق المثالية[١] (Données idéales) .

٥٥ — عامل الحقائق الواقعية :

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به . وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية ، والحالة الخلقية ، والحالة الدينيـة ، والأحوال الاقتصادية ، والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية . وهذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها ، مَثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فإنه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منهـا حقائق طبيعية كالتـكوين الفسيولوجي لـكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع ، وهكذا .

٥٦ — عامل الحقائق التاريخية[٢] :

ويشمل التطورات التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرئها الباحث من التاريخ في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملـكية ، يقرئنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور : فـكانت في القديم ملـكية مشتركة ، ثم ظهرت الملـكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للإنسان ، وفشت الملـكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الأرض والعقار . ومثل آخر الأسرة ، بدأت أمية ، أي تنتسب إلى الأم ،

---

(١) ويلاحظ هنا أن العلم بمعناه الدقيق يقتصر على النوع الأول من الحقائق وهي الحقائق الواقعية . وقد جمع جني هـذه الأنواع الأربعة من الحقائق تحت كلمة « الحقائق » (données) وقابلها بكلمة « البناء » (construit) ويريد بها الصياغة القانونية .

(٢) La science n'est et ne peut être qu'expérimentale et l'expérience en sociologie, c'est l'histoire du passé; c'est la tradition que l'on doit critiquer sans dru mais dont on ne doit pas faire table rase. (Poincaré : Derniéres pensées P. 241).

ثم أصبحت أبوية ، أى تنتسب إلى الأب . وكان للأب (Paterfamilias) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته ، وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة حتى انتقلنا إلى الأسرة الحديثة فى تطور مستمر .

٥٧ — عامل الحقائق العقلية :

ويشمل القواعد التى يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحوّرها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التى وجد من أجلها القانون[١] . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهى مبنية على العقل كما قدمنا . فهى إذن أقرب إلى أن تكون أسس القانون الطبيعى الذى استعرضنا مبادئه المختلفة[٢] . على أن ما يمليه العقل كحقائق ثابتة لا يجوز أن يختلط بما يمليه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحى العقل أنه يجب أن يكون اقتراناً بين رجل وامرأة ، ثابتاً مستقراً حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم تعدد الزوجات أوعدم جواز الطلاق ، لا يعتبران من الحقائق العقلية ، بل من الحقائق المثالية ، وهى الحقائق التى ننتقل إليها الآن .

٥٨ — عامل الحقائق المثالية :

ويشمل المثل العليا التى يرتسمها الإنسان للنهوض بالقانون فى مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الإيمان لا من العقل[٣] . والمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل . ففى الزواج مثلا قد يكون من المثل

---

(١) Du moins, faut-il éprouver les résultats bruts de la nature et de l'histoire en les soumettant à l'esprit, seul capable de juger s'ils répondent au but qui domine toute organisation juridique (Geny II P. 380).

(٢) En réalité, ce donné rationnel répresente le fonds essentiel du droit naturel classiqe nettement degagé de tout alliage ; sinon le jus naturale de Romains, du moins celui qu'ont elaboré les philosophes modernes, en prenant le plus pur de leurs conclusions (Geny II P. 380 — 381).

(٣) جنى الكتاب الثانى ص ٣٨٧ .

العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفى إثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير إثبات النسب الشرعى من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب فى إنكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير إثبات النسب الطبيعى والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور فى ظلها فلا يبقى جامداً ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية فى جانب جمود القانون ، كما تم الأمر فيما يتعلق بإلغاء الرق و بإيجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

٥٩ — ملاحظتان :

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم فى القانون نلاحظ ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : أن هذه العوامل المختلفة ، من حقائق واقعية إلى حقائق تاريخية إلى حقائق عقلية إلى حقائق مثالية ، قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التى سبق عرضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هى مذهب التضامن الاجتماعى[١] ، والحقائق التاريخية هى مذهب التطور التاريخى ، والحقائق العقلية هى مذهب القانون الطبيعى ، والحقائق المثالية هى مذهب الغاية الاجتماعية .

الملاحظة الثانية : أن القاعدة القانونية وهى لا تزال فى دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعاً ، ثم تنقلب من الواقع إلى الواجب إذا انتقلت إلى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، إذا ما انتقلت من العلم إلى الصياغة ، تنقلب من الواجب إلى المطبق .

---

(١) نلاحظ مع ذلك أن مذهب التضامن الاجتماعى لا يشتمل إلا على بعض الحقائق الواقعية .

§ ٢ — الصـــياغة

٦٠ — نوعاد فى الصياغة :

قدمنا أن الصياغة هى القالب الذى تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العلمى ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى[١] . والصياغة هى العنصر الهام فى القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

ويميز جنى بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية (Procédés matériels) وصياغة معنوية (Procédés intellectuels) .

(ا) طرق الصياغة المادية

٦١ — أمثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جنى لطرق الصياغة المادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

(١) الكم مكان الكيف (Quantification en place de qualification) .

(٢) الشكل (Forme) .

(٣) التقسيم (Classification) .

ونقول كلمة موجزة عن كل منها :

٦٢ — الكم مكان الكيف :

ومعنى ذلك أن القانون يعـدل عن وصف الشىء بكيفه إلى تقديره بكمه .

---

(١) Je crois pouvoir préciser la notion de technique juridique, en disant qu'elle représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matiére et que cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonte du juriste se puisse mouvoir librement, dérigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation. (Geny III R. 23). وكذلك ص ٣٠ — ٣١

وبدلا من أن يصف الشيء وصفاً يدع مجالا ، عند تطبيقه ، إلى اختلاف الآراء ، يحدده تحديداً عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف فى التطبيق . وهذه هى الصياغة القانونية المادية التى ترمى إلى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العملى . مثل ذلك التقادم والغبن الفاحش والربا الفاحش . ففى التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتى : كل من وضع يده على عين مدة طويلة إلى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين ، يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف إلى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتى : كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة باعتبار أنه مالك لها يصبح مالكا لها بالفعل .

وكذلك فى الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه الذى يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددى محل التحديد الوصفى .

وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٧ ٪ .

٦٣ — الشكل :

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محددة فى الذهن ، مستقرة فى التعامل . مثل ذلك بعض العقود ذات النتائج الخطيرة ، والتى يرى القانون التنبيه على خطورتها ، حتى لا يقدم عليها المتعاقد إلا وهو متثبت مما هو مقدم عليه ، كالهبة والرهن التأمينى . فمعنى الخطورة هذا يصاغ أشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن . فلا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقاً لأوضاع معينة .

كذلك عندما يشترط القانون الإثبات الكتابى فيما تزيد قيمته على مبلغ

معين ، يكون قد لجأ أيضاً إلى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، فى إثبات العقد لا انعقاده .

وقل مثل ذلك فى إعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفى إجراءات المرافعات عند ما يشترط القانون إعلانات مكتوبة فى مواعيد معينة و إجراءات تتخذ فى أوضاع محددة .

٦٤ — التقسيم :

و يلجأ القانون إلى هذه الطريقة فى الصياغة المادية عند ما تزدحم المعانى ويدفع بعضها بعضاً . فحتى ترتب هذه المعانى وتتبين الصلات المنطقية بينها ، يعمد القانون إلى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل إرادتين تقابلا يظهر أثره فى المعقود عليه . يضم هذا التعريف عقوداً شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فإذا عمدنا إلى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول إن العقد إما أن يقع على ملكية الشىء أو على منفعته ، وهو إما أن يكون معاوضة أو تبرعا . فإذا وقع على ملكية الشىء معاوضة فهو بيع ، و إن تبرعاً فهو هبة ، و إذا وقع على منفعة الشىء معاوضة فهو إجارة ، و إن تبرعا فهو عارية .

(ب) طرق الصياغة المعنوية

٦٥ — أمثلة على الصياغة المعنوية :

و يمثل جنى للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك :

(١) الأوضاع الفرضية (Présomptions)

(٢) الأوضاع الصورية (Fictions)

(٣) الأوضاع التصويرية (Constructions)

ونقول كلمة مختصرة عن كل منها .

٦٦ — الأوضاع الفرضية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء يغلب وقوعه ، فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذا بالأغلب ، وإقراراً للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لجأ المشرع في وضعها إلى الصياغة المعنوية ، إذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية وسبب صحيح مالك لهذا المنقول ، وهذا في الغالب يتفق مع حقيقة الواقع . أما في القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكا حتى يحسم بذلك النزاع عند التعامل في المنقول ، ويطمئن كل إنسان انتقل إلى يده منقول وهو حسن النية إلى أنه أصبح مالكا لهذا المنقول . مثل آخر ؛ مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر في اختيار خادمه أو في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن خطأ خادمه .

٦٧ — الأوضاع الصورية :

ويلجأ إليها المشرع عندما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر مناقض له ، مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المآل (Meuble par anticipation) . فالعقار بالتخصيص ، كالماشية وآلات الزراعة الملحقة بالأرض ، هو في حقيقته منقول ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقاراً حكما ، أو عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالأرض التي خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن الأرض . والمنقول بحسب المآل كالأنقاض تباع والدار لا تزال قائمة ، هي في حقيقتها عقار ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها منقولا حكما ، أو منقولا بحسب المآل ، إذ مآلها الهدم فتصبح أنقاضاً ، حتى يعطيها حكم المنقول من حيث

البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص إذن ليس عقاراً إلا من طريق وضعى صورى ، وكذلك المنقول بحسب المآل ليس منقولا إلا عن ذلك الطريق .

٦٨ — الأوضاع التصويرية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شىء معروف إلى شىء غير معروف ، وليس الشيئان متناقضين كما فى الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية[١] .

---

(١) ونورد مثلا ينتظم كثيراً من أوضاع الصياغة ؛ قواعد الأهلية . فهى قد جمعت بين الكثير من طرق الصياغة المادية وطرقها المعنوية . اشتملت هذه القواعد على ما يأتى :

١ — « الكم مكان الكيف » عند ما يحدد القانون سن التمييز بالسابعة ، وسن الرشد بالحادية والعشرين ، وما إلى ذلك .

٢ — « الشكل » عند ما يستوجب القانون اتباع إجراءات معينة فى تصرفات الأوصياء والقوام .

٣ — « التقسيم » عند ما يقسم القانون أدوار الأهلية إلى مراحل متعاقبة : مرحلة انعدام التمييز ، ثم مرحلة التمييز ، ثم مرحلة الرشد الكامل .

٤ — « الأوضاع الفرضية » عند ما يحجر على المجنون وتعتبر جميع تصرفاته باطلة ، حتى ما صدر منها فى فترة الصحو الوقتى intervalle lucide ، إذ يفرض أن المجنون مسلوب العقل حتى فى هذه الفترة .

٥ — « الأوضاع التصويرية » عند ما يقاس السفيه على غرار غيره ممن عدم التمييز ، فيخضع لنظام الحجر كهؤلاء .

الباب الثانى

مصادر القانون

(Sources de Droit)

---

٦٩ — التمييز بين المصدر التاريخى والمصدر الرسمى والمصدر التفسيرى:

لكلمة مصدر معان مختلفة ، أهمها معنيان :

(١) فقد يراد بالمصدر الأصل التاريخى الذى أخذ عنه القانون القائم أحكامه . فمثلا يعتبر القانون الفرنسى المصدر التاريخى لأكثر قواعد القانون المصرى ، كما أن القانون الرومانى يعتبر المصدر التاريخى لكثير من أحكام القانون الفرنسى .

(٢) وقد يقصد به السلطة التى تعطى القواعد القانونية قوتها الملزمة ، وهذا هو المعنى الذى يهمنا الكلام فيه ، فنعرف بذلك كيف تتكون قواعد القانون . وهذا ما يسمى بالمصدر الرسمى (Source formelle) . ولكل قانون مصدر أو مصادر متعددة ، والمصادر الرسمية هى : التشريع ، والعرف ، والقانون الطبيعى ، وقواعد العدالة ، وأحيانا الدين .

ويتصل بالمصدر الرسمى ما يسمى بالمصدر التفسيرى ، وهو المرجع الذى يجلو غامض القانون ويوضح مبهمه . والمصادر التفسيرية اثنان : الفقه والقضاء . على أنا نلاحظ أن هذين المصدرين كانا مصدرين رسميين للقانون فى الماضى ، بل وما زال أحدهما — وهو القضاء — مصدراً رسميا للقانون فى بعض البلاد كانجلترا .

ويلاحظ أن أول المصادر ظهوراً هو العرف ، إذ هو الطريق الذى توحى به الفطرة ، وعنه أنشأت المجتمعات الأولى قواعدها القانونية . ثم ظهر الدين ، ومن بعده القانون الطبيعى ، مصدرين لقواعد قانونية هذبت بعض ما استقر من قواعد عرفية أو نسخت الفاسد منها .

وقد وصل المجتمع فى تطوره إلى التشريع تضعه سلطة عليا استأثرت بالسلطان فرضت إرادتها وصار إليها وضع القواعد القانونية ، كما أصبحت هى التى تتولى تطبيقها وتنفيذ مضمونها جبراً عند الاقتضاء .

على أن المجتمع إذا كان قد وجد ضالته من حيث إنشاء القواعد القانونية فى التشريع ، فليس معنى ذلك أنه قد أضحى المصدر الفذ لها ، إذ ما زال العرف قائما يسد نقص التشريع ويكمله ، كما أن الدين ما زال — على الأقل فى بعض البلاد — مصدراً لبعض القواعد القانونية . هذا إلى إن البعض ما زال يعتبر مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدراً رسميا من مصادر القانون .

أما القضاء فهو مصدر رسمى هام فى البلاد الأنجلوسكسونية ، حيث تعتبر السابقة القضائية قاعدة قانونية واجبة الاحترام . كما أنه كان ، هو والفقه ، من المصادر الرسمية فى الشرائع القديمة ، كالشريعة الرومانية ، بل فى الوقت الحاضر ، وحتى فى غير البلاد الأنجلوسكسونية لم يعدم القضاء من يقول بأنه من جملة المصادر الرسمية للقانون ، وإن كان الرأى الراجح يعتبره هو والفقه مصدرين تفسيريين تنحصر مهمتهما فى تجلية النصوص وتوضيح مبهمها ، دون أن يرق عملهما إلى حد القول بإنشاء القواعد القانونية ، وهو المناط فى اعتبار المصدر مصدراً رسميا .

ومما تقدم يمكن أن نعدد المصادر الرسمية للقانون فيما يلى :

التشريع .

العرف .

الدين .

القانون الطبيعي وقواعد العدالة[١] .

الفقه .

القضاء .

ولما كان التشريع قد أصبح في الوقت الحاضر أهم مصادر القانون ، فضلا عن أن هناك من الأبحاث التي تدخل في دراستنا — كعدم سريان القانون على الماضي وتفسير القانون — ما لا يكاد يمت لغير التشريع بصلة ، فإنا نرجئ دراسته إلى فصل خاص به ، ونبدأ في فصل أول بدراسة المصادر الأخرى .

الفصل الأول

المصادر غير التشريعية

٧٠ — في هذا الفصل ندرس مصادر القانون غير التشريعية في المباحث الأربعة الآتية :

المبحث الأول : العرف وتلحق به العادة .

المبحث الثاني : الدين .

المبحث الثالث : القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

المبحث الرابع : الفقه والقضاء .

---

(١) وقد جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجديد ما يلي : « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

المبحث الأول

العرف والعادة[1]

(Coutume et Usage)

٧١ — كيف تنشأ العادة :

لا يعيش الإنسان إلا فى المجتمع ، ومن ثم لا محيص من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط ، والذى ينظمها هو القانون .

وفى مجتمع فطرى لم يجتز إلا المراحل الأولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا يوجد مشرع يضع أحكام القانون وينظم الروابط الاجتماعية ، فتقوم العادة بتنظيم هذه الروابط ، وهى تشتمل على عنصرين :

(العنصر الأول) هو العنصر المادى ، وهو ما يختطه الإنسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديد منشئها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن أن يقال إن الإنسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغريزته التى يستمد منها الإلهام .

(العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين : العامل الأول هو الميل إلى المألوف ، وإيثاره على غير المعروف . فالناس لا يحبون أن ينحرفوا عن شىء يعرفونه إلى شىء يجهلونه ، والطريق التى يشقها الشخص أول مرة هى

---

(١) يلحق بالعرف العادة إذ يتشابهان إلى حد كبير ، وبسبب هذا التشابه وقع الخلط بينهما وصار من المألوف أن يعبر بالواحد أو بالآخر كمترادفين . وقد ساعد القانون ذاته على هذا الخلط باستعمال الكلمتين كمترادفين . ولكن بين الاثنين فروق هامة ، ولذلك فإنا نفضل إطلاق كلمة عرف coutume على القواعد القانونية الملزمة ، وكلمة عادة usage على القواعد التى لم ترق بعد إلى مرتبة القانون ، وهى التى استوفت شروط العرف خلا شرط الإلزام .

الطريق التي يعود إليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر[١] ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها فى النفوس . هذا إلى صبغة دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحوطها بشىء من الهيبة والتقديس .

٧٢ — متى تصبح العادة عرفا أى قانونا :

متى توافر للعادة عنصراها المادى والنفسى ، اطّرد اتباعها وصار الناس يألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا ، لا يستفز الإنكار فحسب ، وإنما يستوجب الجزاء . وبذلك تتحول العادة إلى عرف أى إلى قانون واجب الاتباع .

٧٣ — مصير العرف والعادات بعد تقدم المدنية :

للعرف والعادات المكان الأول كمصدر لقواعد القانون فى أمة لا تزال فى فجر مدنيتها ، حتى إذا تقدمت فى المدنية وتعقدت الروابط الاجتماعية وتشعبت قواعد العرف والعادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين :

(**أولا**) فى ضبط هذه القواعد وتحديدها بعد التشتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك فى القانون الفرنسى القديم .

(**ثانيا**) فى إيجاد مصدر رسمى آخر للقانون يكمل ما يقصر العرف دونه ، ويفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من قواعده القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلا بد إذن من إصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبى من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من

(١) وهى تقوم كما رأينا على غريزتين : تقليد الشخص لنفسه وتقليده لغيره .

طريق التشريع . وهكذا يوجد إلى جانب العرف ، يكمله ويهذب قديمه وينسخ فاسده ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .

على أن هذا التطور ليس بالأمر اليسير ، فهى حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدنية خطوة إلى الأمام . وفى هذه الحرب تتنازع الغريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعامليها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

ونرى من ذلك أن قواعد العرف والعادات لها الشأن الأول فى مدنية فطرية ، فإذا تقدمت المدنية قل شأن هذه القواعد ، وهى إذا بقيت مصدراً رسميا للقانون فإنما تبقى كذلك فى حدود ضيقة ، وتنقلب فيما تتزحزح عنه إلى مصدر تاريخى . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضعف شأن العرف كمصدر رسمى (١) ، وتتسع دائرته كمصدر تاريخى . ويحل محل العرف فى مدنية متقدمة الدين والقانون الطبيعى وخاصة التشريع (٢) .

---

(١) يلاحظ أن العرف ما زالت له أهمية كبرى فى القانون الدولى العام ، إذ أن الكثير من أحكامه يقوم على ما جرى عليه العرف بين الدول المختلفة . وبالنسبة لمصر على الخصوص فقد كان الأصل لكثير من الامتيازات الأجنبية . كما أن له مثل هذه الأهمية فى القانون التجارى .

(٢) ولنطبق ما قلناه على الشرائع القديمة : الشريعة الرومانية ، والشريعة الإسلامية ، والشريعة الإنجليزية ، والقانون الفرنسى القديم :

الشريعة الرومانية :

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العرف تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية وتوافر للشعب الرومانى تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه القواعد وجمعت فى الألواح الاثنى عشر المشهورة وقام التشريع إلى جانب العادات مصدراً رسميا للقانون . وكان القضاء والفقه كذلك مصدرين رسميين فى المكان الأول من الأهمية فى نشوء القانون وتطوره . =

ونتكلم الآن فى العرف ثم فى العادة .

= الشريعة الإسلامية :

وكان ذلك أيضاً شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية فى بداوتها فى عصر الجاهلية ، خاضعة لعاداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثنى . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش فى عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد . وبقى الأمر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث النبى صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العرف وقام الدين مصدراً رسمياً للقانون . على أن العرف بقى مصدراً للقانون فى الشريعة الإسلامية ، فقد كان الإجماع فى أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح إجماع المجتهدين فى كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية أن العادة محكمة (يعنى أن العادة ، عامة كانت أو خاصة ، يجعل حكمها لإثبات حكم شرعى) . ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (انظر فى مجلة الأحكام العدلية نصوصاً كثيرة تأخذ بالعادة مصدراً للقانون ومن هذه النصوص المواد ٣٦ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥) .

الشريعة الإنجليزية :

وقد بدأت الشريعة الإنجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة فى القبائل الأنجلوسكسونية وهى القبائل التى كانت تسكن الجزيرة الإنجليزية من قديم . ثم اقترنت فى القرن الحادى عشر بعادات القبائل النورماندية التى فتحت الجزيرة الإنجليزية فى ذلك الحين . ولما تطورت المدنية الإنجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع فى حاجة إلى مصدر رسمى آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم وأصبحت الأحكام القضائية تقر قواعد العرف وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادئ القانونية بتكررها ، إلى أن صار القضاء هو المصدر الرسمى للقانون فى الشريعة الإنجليزية ، وقام مقام العرف . ثم قام التشريع مصدراً آخر حتى أصبح هو والقضاء فى الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسين فى الشريعة الإنجليزية .

القانون الفرنسى القديم :

بدأ هذا القانون الفرنسى القديم عرفاً ينظم الروابط الاجتماعية ، وامتزج القانون الرومانى بهذه العادات بعد الفتح الرومانى ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبقيت قواعد العرف تنمو وتطرد مع الزمن حتى انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالى (Pays de Coutume) ، ويطبق العرف ، والقسم الجنوبى (Paye de Droit Romain) ، ويطبق القانون الرومانى .

ولما قويت الملكية فى فرنسا وتركزت ، جمعت قواعد العرف ، وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون . ومازال التشريع يقوى حتى وصل إلى أوجه فى عهد التقنينات المعروفة بتقنينات نابليون ، إذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى الحديث .

§ ١ – العرف

(La Coutume)

٧٤ — التعريف :

يمكن تعريف العرف بأنه مجموعة القواعد التى تنشأ من درج النـاس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل ، والتى لها جزاء قانونى كالقانون المسنون سواء بسواء .

٧٥ — شروط العرف :

لا بد لـكى يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون أن تتوافر فيه عدة شروط نجملها فيما يلى :

(أولا) يجب أن يكون العرف عاما ، وليس المقصود أن يكون شاملا ، إذ قد يكون خاصا بإقليم معين أو بطائفة من الناس ، وعموميته مسألة موضوعية[1] .

(ثانيا) أن يكون قديماً[2] ، فيتواتر الجرى عليه مدة طويلة ، وتحديد تلك المدة مسألة موضوعية .

(ثالثا) أن يكون ثابتاً ، فيطرد اتبـاعه بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة . وهذه كذلك مسألة موضوعية .

(رابعا) أن يكون ملزماً ، وهذا هو الشرط الهام ، وهو الذى يميز العرف عن العادة . ومقتضاه أن يقوم فى ذهن الناس وجوب اتباع ما جروا عليه ، معتقدين فى وجود جزاء قانونى له ، لأنه يكسب حقا تمكن المطالبة به ، وعلى

---

(١) ومعنى ذلك أن تقدير ما إذا كان العرف عاما أو غير عام لا يخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام .

(٢) انظر هولاند ص ٥٧ و ٥٨ ، وكذلك سالموند ص ١٤٨ وما بعدها .

السلطة العامة إيصاله إلى صاحبه . وهو بهذا يكون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[1] .

وثمة شرط خامس ، وهو بمثابة شرط خارجي ، يقضي بألا يكون العرف مخالفاً للقانون (أى التشريع فى هذا الخصوص) ولا للآداب والنظام العام . فإذا اصطدم العرف مع نص تشريعي فالنص التشريعي ينسخ العرف . و إذا كان العرف مخالفاً للآداب أو النظام العام (كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهبنة فى المسيحية فإنه مخالف للنظام العام) فإنه لا يكون قانونا .

و إذا نظرنا إلى الشروط السالف ذكرها فى مجموعها ، فإنه يمكن ردها — وفى هذا الرد ما يبرز أهمية الشرط الرابع وهو الإلزام — إلى ركنين : ركن مادى وركن معنوى .

---

(١) وإذا ما توافرت الشروط السابقة ، يصبح هناك عرف له قوة القانون يجب على القاضى تطبيقه وليس على الخصوم إثباته ، كما أنه ليس عليهم إثبات القانون المسنون . ذلك أنه يشترط فى القاضى العلم بالقانون ، والقانون واحد لا فرق بين مكتوب وغير مكتوب ، وتقتصر مهمة الخصوم على إثبات الوقائع التى يدعى بها كل واحد منهم . على أن هذا القول على إطلاقه قد يخالف حقيقة الواقع ، ذلك أنه من السهل معرفة القانون المكتوب من مجرد نشره ومن مظان وجوده — الجريدة الرسمية والمجموعات — بخلاف العرف الذى تصعب معرفته ، لأنه عبارة عن عادة تكونت ببطء وتتركب من عدة عناصر قد يكون كل واحد منها سبباً فى قيام صعوبة . وإذن فإنه يكون من العسير جدا على القاضى أن يلم بقانون العرف كما يلم بالقانون المكتوب ، وبالتالى يكون له العذر إن هو جهل العرف . ولذا فإن من مصلحة الطرف الذى يستند إليه أن يبادر بإثباته ، كما أن القاضى يستطيع أن يطلب منه إثباته .

ويلاحظ أن ما قلناه وإن كان يقرب العرف من مجرد واقعة (fait) تفتقر إلى الإثبات من جانب مدعيها ، إلا أنه فى حقيقة الأمر ليس واقعة وإنما هو مسألة قانونية (question de droit). وآية ذلك أن اقتناع القاضى بوجود العرف يمكن أن يتحقق فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وبكل الوسائل الممكنة ، دون أن يتقيد بالأوضاع والآجال التى يخضع لها إثبات الوقائع . هذا فضلا عن أن القاضى يمكنه الاعتراف بوجود العرف من تلقاء نفسه (d'office) . (انظر چنى « طرق التفسير فى القانون الخاص ومصادر هذا القانون » الكتاب الأول بند ١١٨ ص ٣٥٢ وما بعدها) .

(فالأول) الركن المادى (élément matériel) يتكوّن من صفات العموم والقدم والثبات .

(والثانى) الركن المعنوى (élément moral) هو الإلزام .

ولكن هل يعتبر العرف قانوناً لأن المحاكم تطبقه ، أم أن المحاكم تطبقه لأنه قانون ؟ تقول المدرسة التحليلية (مدرسة أوستن) بالرأى الأول . فهى لا تعطى لقواعد العرف صفة القانون ، إلا إذا طبقتها المحاكم ، ومن وقت ذلك التطبيق ، إذ تكتسب بذلك إجازة السلطان ويتحقق لها من ورائها صفة الأمر الذى تتطلبه هذه المدرسة . أما المدرسة التاريخية (مدرسة سافينى) فتقول بالرأى الثانى . فعندها أن العرف قانون قبل أن تطبقه المحاكم ، إذ أنه نشوء اجتماعى يتكون من نفسه ، دون أن تتدخل فى خلقه وتطوره سلطة خارجية ، وما تطبيق المحاكم لقواعده إلا تقرير لصفتها القانونية ، ومظهر لهذه الصفة .

ولعل الرجوع إلى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو إلى تفضيل الرأى الأخير ، وإن كان الفرق العملى بينهما ليس كبيراً[1] .

---

(١) ويقول الأستاذ جنى إن أحكام المحاكم لا تشترط لقيام عرف قانونى . حقيقة إن أحكام المحاكم إذا تكررت واستقرت على معنى واحد تهيئ غالباً قيام العرف ، بل هى فى هذا تفضل أعمال الناس الاختيارية من حيث إظهارها لعنصر الإلزام . ولكن الأخذ من ذلك بأن القضاء لا غناء عنه فى تكوين العرف ، يحد من صورة العادة التى يمكن أن ترقى إلى عرف ويقصرها على صورة واحدة جامدة . فضلا عن أن فى ذلك إغفالا لطبيعة العرف الذى يستلزم ، قبل كل شىء ، أعمالا اختيارية تصدر من الأفراد وتستقر على نحو معين ، بينما الأحكام ، وهى تصدر من السلطة العامة ، تهيئ قيام العرف ، ولكن لا يمكن القول بأنها تنشئه أو تحل محله (المرجع السابق بند ١١٩ ص ٣٦٦) .

ويلاحظ أن هناك من العلماء ، مثل الأستاذ لامبير ، من يرى الرأى الآخر ويقرر أن القضاء فى الوقت الحاضر قد أصبح الطريق الوحيد لنشوء عرف قانونى . والخلاف نظرى أكثر منه عملى (انظر كابيتان المدخل لدراسة القانون المدنى ص ٤٦ فى الهامش) .

٧٦ — أمثلة على العرف :

ولنذكر بعض أمثلة على العرف القانونى :

(١) اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين فى مصر .

(٢) حق الزوجة فى فرنسا فى أن تسمى باسم زوجها .

(٣) الحقوق الثابتة للأجانب بالعرف فى مصر قبل معاهدة إلغاء الامتيازات[١] .

(٤) كذلك العادات المحلية (العرف) التى لها قوة القانون فى جهات شبه جزيرة سينا والواحات[٢] .

٧٧ — هل للعرف أن يخلق قانوناً فى الوقت الحاضر وعلى أى أساس يكون ذلك :

لا شك فى أن العرف — كما رأينا — كان المصدر الرسمى الرئيسى لقواعد القانون فى الأزمنة القديمة ، كما أنه لا محل لإنكار تفوق التشريع فى الوقت

---

(١) فالامتيازات الأجنبية لم تقم كلها على معاهدات دولية ، بل بنى قسم كبير منها على العادات المرعية (العرف) التى نشأت واستقرت من جراء تهاون الحكومات المصرية .

(٢) يقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز سيوة ، بأن القضاء فى المواد المستوجبة للتعزير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنايات ، يكون بمقتضى العادات والقواعد المتبعة فى تلك الجهة . أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق التحكيم ، وإذا رفعت دعوى من هذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد العدل وبموجب عادات تلك الجهة .

ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سينا ، بأن القضاء فى مواد العقوبات يكون بمقتضى القانون أو بالعقوبات التى تقضى بها العوائد المحلية الثابتة بدلا من العقوبات التى يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن تكون العوائد المحلية غير مخالفة للعدالة أو للآداب . ويقضى فى المواد المدنية بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعى ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح فى المواد الجنائية إذا رضى به من أضرت به الجريمة ، وكان من أغلبية العدول أنه موافق للعوائد المحلية .

ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٣ الخاص بالواحات الداخلة والخارجة والبحرية بمراعاة العرف فى نظر المواد المدنية ، ما دام مطابقاً للعدالة والحقوق الطبيعية .

الحاضر . هاتان الواقعتان لا محل للمجادلة فيهما ، إذ هما حقيقتان ثابتتان لا يرقى إليهما الشك . ولكن منذ أخذ التشريع مكانته الممتازة وصارت إليه الصدارة ، بدأ التفكير كيف يخلق العرف قانوناً .

فيرى البعض أنه ما دام القانون يصدر عن طريق التشريع ، فإنهم لا يبررون قيام العرف إلا على اعتبار أن المشرع أجازه ضمناً ، ويكون مؤدى ذلك أن إرادة المشرع الضمنية هى التى أعطت للعرف قوته ، كما أن قوة القانون المكتوب يستمدها من إرادته الصريحة .

وهذه الفكرة قديمة ترجع إلى أيام الرومان ، ولكنها أخذت فى الانتشار بتوالى الأيام حتى وصلت إلى الفقه التقليدى الفرنسى (مدرسة الشرح على المتون) ، حيث كانت الروح السائدة هى السلطان المطلق للمشرع واعتباره المصدر الوحيد لقواعد القانون . وقد كان من نتيجة ذلك أن استبعد العرف من بين مصادر القانون .

وحتى فى الوقت الحاضر هناك من الشراح من يستبعد العرف من بين مصادر القانون ، مبررين ذلك بتلك الحجة الوجيهة فى مظهرها ، وهى أن السلطة التشريعية ، فى كل نظام دستورى ، لم تترك للجماعة وإنما وكل القيام بها إلى هيئة يجب عليها اتباع أوضاع معينة ، وهذه الوكالة لا يمكن التنازل عنها . ومتى كان الأمر كذلك فلا يعقل أن الإرادة العامة عندما تظهر متجمعة وعلى غير نظام (العرف) ، تستطيع أن تخلق قواعد قانونية أو أن تحول دون سريان القانون المكتوب[1] .

ولكنا نلاحظ أن فى نظرة الفقه هذه نقطة ضعف تظهر عندما نراهم يسلّمون بالعرف فى المسائل التجارية ، ويجعلون له أثراً بارزاً فيها . فلماذا هذا

(١) انظر جنى المرجع السابق بند ١١٦ ص ٣٤٥ .

الاستثناء ؟ أليست المسائل التجارية فى طبيعتها كالمسائل المدنية ؟ أو لم يكن الأولى أن تحتفظ القاعدة بإطلاقها ، حتى يمكنها على الأقل أن تحتفظ بوجاهتها الظاهرية ؟ .

ومهما يكن من أمر هذا الرأى ، فقد ظل أنصار القوة الملزمة للعرف قليلين فى الفقه الفرنسى والفقه الألمانى ، حتى ظهور المدرسة التاريخية ، التى تعتبر القانون نشوءاً طبيعيا يستقر بين الناس ، واستدلت على ذلك بما كان عليه الحال فى الجماعات القديمة ، بل وفى الوقت الحاضر من أن المشرع يدأب دائما على مراعاة ما درج الناس عليه و يجعل قوانينه متمشية مع حاجاتهم ورغائبهم .

وطبيعى أن تكون السيادة لقانون العرف بمقتضى هذه النظرية ، لأنه عبارة عما ارتضاه ضمير الجماعة la consciene commune .

ومهما يكن عيب المدرسة التاريخية ، فإنه يجب الاعتراف بفضلها فى أنها هيأت الأذهان إلى وجوب التسليم بالعرف كمصدر رسمى من مصادر القانون ، إن لم يكن لهمن الشأن مثل ما للقانون المكتوب ، فإنه مصدر ينشئ قواعد قانونية ، و إن كان ذلك فى دائرة ضيقة .

و يمكن اعتبار العرف قانوناً لسببين :

(الأول) لأنه يعبر تعبيراً صحيحاً عن إرادة المجتمع .

(الثانى) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار المعاملات[1] . فضلا عن أنه يجب ، كما رأينا ، ألا يخالف التشريع ولا النظام العام أو الآداب .

---

(١) ويقول الأستاذ جنى (المرجع السابق) إن العرف ظاهرة تحقق ضرورة اجتماعية دائمة ، إذ أن الثبات اللازم للروابط بين الأفراد والاستقرار الضرورى لحقوقهم والحاجة إلى المساواة التى هى أساس كل عدالة ، كل ذلك يقضى بأن القاعدة التى يؤيدها عرف مستقر تلزم =

هـذا وقد اعترف القانون المدنى الجـديد بالعرف كمصـدر من المصادر الرسمية للقانون فى المادة الأولى منه .

٧٨ — نوع القواعد التى ينشئها العرف :

كما ينشئ العرف قواعد قانونيـة مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين (قواعد مرخصة) (Supplétives) ، أى تفسر أو تكمل إرادة المتعاقدين ، بمعنى أنه يجب الأخذ بها فى تفسير وتكملة عقود الأفراد ، ما لم يستبعدوها بالاتفاق الصريح على ما يخالفها ، فإنه (أى العرف) قد ينشئ قواعد قانونيـة آمرة (لازمة) (impératives) بمعنى أنه لا يجوز أصلا للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، لاتصالها بالنظام العـام .

٧٩ — أثر العرف فى فروع القانون :

و إذا كانت أهميـة العرف قد قلت كثيراً عن ذى قبل بحيث أصبح يعتبر مصـدراً ثانويا ، فإن تلك الأهمية ليست واحدة بالنسبة لـكل فروع القانون . فبينا نجد العرف مجرداً من كل أثر فى القانون الجنـائى حيث القاعدة المقررة « لا جريمة ولا عقوبة بغير نص (أى لا بد من تشريع) » ، فإن له أثراً واضحاً فى القانون الدستورى ، كما أن دوره فى القانون الدولى العام أعظم شأناً . أما فى القانون الخاص فإنه أظهر أثراً فى القانون التجارى منه فى القانون المدنى .

= كما يلزم القانون . كما أن هذه الظاهرة تتفق وغرائز الإنسان الخفية التى تتمثل فى احترام العرف الثابت وشعور الناس بالرهبة عند ما يقدمون على المساس بما جرى عليه أسلافهم . وأخيراً فإنها بمقتضى شروطها ترضى المصالح المتعارضة التى كثيراً ما يقصر القانون المسنون عن التوفيق بينها . انظر ما يقوله سالموند ص ١٤٤ وما بعدها .

٨٠ — مزايا قواعد العرف وعيوبها [١] :

من مزايا قانون العرف :

(١) أنه يتفق والحاجات العملية ، لأنه يستند إلى ما جرى الناس عليه فى أحوالهم الاقتصادية والاجتماعية .

(٢) وهو لذات السبب يتغير بتغير الحاجات الاقتصادية والاجتماعية ، إذ العرف كما قال عنه إهرنج يكوّن مع الحياة كلاً لا يتجزأ ، يتطور بتطورها ويزول بزوالها .

(٣) كما أنه قد يسد بعض نواحى النقص فى القانون المسنون .

أما عيوبه فتتلخص فيما يلى :

(١) أن قواعده غامضة ليس من السهل تحديدها والتثبت منها ، ولا يعرف بالضبط وقت ظهورها . وهى لذلك قد تكون سبباً فى منازعات كثيرة .

(٢) أن العرف بطبيعته متجزئ فيختلف باختلاف الجهات ، ومن ثم لا يحقق لقانون البلد الواحد صفة الوحدة .

(٣) العرف بطىء فى تطوره ، وهو إذا ثبت واستقر صعب التخلص منه بعد ذلك .

---

(١) كابيتان ص ٤٧ .

§ ٢ — العادات[1]

(Les Usages)

٨١ — تعريفها :

إلى جانب العرف توجد العادات ، ويطلق عليها العادات الاتفاقية (usages conventionnels) ، وهى تلك القواعد التى تعارف الناس على اتباعها فى معاملاتهم ، والتى تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون بذاتها ملزمة . وكثيراً ما تكون هذه العادات محلية (Locaux) تختلف باختلاف الجهات ، أو خاصة بمهنة معينة (Professionnels) ، مثال ذلك العادات الكثيرة فى مسائل الإيجار والبيع مدنيا كان أو تجاريا ، والعادات المهنية الخاصة بكل مهنة .

ومن هنا يتبين أن العادة تختلف عن العرف فى أنها ليست ملزمة بذاتها كالعرف ، وإنما تكون ملزمة إذا اتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمناً .

وكثيراً ما يحيل القانون صراحة على حكم تلك العادات ، كما فى المواد الآتية : ١٥٠ فقرة ٢ و ٤٣٢ و ٤٦٤ و ١٠١٩ وغيرها[2] .

---

(١) انظر جنى « طرق التفسير فى القانون الخاص ومصادر هذا القانون » الكتاب الأول ص ٤١٨ — ٤٣٢ .

(٢) تقول المادة ١٥٠ فقرة ٢ « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ؛ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » .

والمادة ٤٣٢ « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

والمادة ٤٦٤ « نفقات تسليم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك »

والمادة ١٠١٩ « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة وللأحكام الآتية » .

وقد لا يحيل القانون عليها ومع ذلك تطبقها المحاكم ، وهـذه بعض الأمثلة :

(١) جرت العـادة على أن إيجار المنازل يكون مشاهرة فى مناطق معينة ، ولمدة سنة فى مناطق أخرى . فإذا أجر شخص لآخر منزلا ولم ينص العقد على مدة الإيجار وقام نزاع فى المدة أمام المحكمة ، فإن المحكمة تحكم وفقاً للعادات الجارية ، فتعتبر المدة شهراً أو سنة بحسب الأحوال على اعتبار أن المتعاقدين قصدا ضمناً الأخذ بحكمها .

(٢) جرت العادة فى مدينة القاهرة أن يدفع المؤجر أجرة المياه ، والساكن أجرة النور .

(٣) بيع بعض أنواع الفاكهة بسـعر المائة حبة ، فهناك عادات محلية تعتبر المائة من مائة وعشرة إلى مائة وثلاثين ، بحسب نوع الفاكهة وعادة الجهة .

(٤) قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يجب فى تفسـير المشارطات اتباع العرف (العادة) ، وهو يقضى بأنه إذا دفع المشترى مبلغاً بصفة عربون وعدل عن الشراء فلا يكون له الحق فى المطالبة بهذا المبلغ ، وأن مثل هـذا الشرط كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون ، يجوز عدلا أن يستفيد منه المشـترى للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون[١] .

(٥) وقضت أيضاً بأنه إذا لم يبيِّن الشركاء بطريقة صريحة قاطعة ما هى حصة كل منهم فى الأرباح كان للمحكمة أن تحددها بطريق العدالة بين الخصوم . وقد جرت العادة فى هذه البلاد على أنه إذا اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بإدارة الأعمال ، فيكون للأول ثلثا الأرباح وللثانى الثلث[١] .

(٦) وقضت محكمة مصر الـكلية الأهلية استئنافياً[٢] بأنه يجوز تفسير العقد

---

(١) ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، المحاماة ٤ ص ٣٢٩ رقم ٢٨٠ .

(٢) ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ ، المحاماة ٣ ص ٤٠٤ رقم ٣٣٩ .

الكتابى بالرجوع إلى العرف والعادة[1] المتبعين فى التجارة اللذين يكون من شأنهما أن يغيرا نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذا العرف وهذه العادة يصح إثباتهما بالبينة . وينتج من ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعاتهما صح الحكم تبعاً للعادة والعرف عند أرباب طائفتهما بأن من يكون منهما قد أقام معملا على العقار بعد الامتلاك له الحق فى طلب تثبيت ملكيته له خاصة ، ولو لم يكن ثمة شرط صحيح[2] .

٨٢ — طبيعة أحكام العادة :

إذا ما استقرت عادة فى جهة أو فى مهنة ، فإن ما تنشئه من قواعد يصلح فى تفسير أو تكملة اتفاقات الأفراد ، إذا ما ظهر أن قصد المتعاقدين هو فى اتباعها ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا القصد صريحاً أو ضمنياً ، أى يستفاد من ظروف التعاقد ؛ كمكان العقد وزمانه ، والغرض من التعاقد ؛ والمركز الشخصى للطرفين ومهنتهما . فهى إذن لا تلزمهما إلا إذا تبين قصد المتعاقدين فى الأخذ بها ، ومن ثم فهى تختلف بذلك عن قواعد القانون المفسرة أو المكملة (ولو كان مصدرها العرف) التى تلزم المتعاقدين ما لم يظهر أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت صراحة إلى ما يخالفها .

إذا كان هـذا هو حكم العادة ، فهل كلها فى الحكم سواء ، أى سواء أأحال القانون عليها ، كما هو الشأن فى العديد من مواد القانون ، أم لا ؟ قد يقال ، كما

---

(١) يلاحظ أن المحكمة تستعمل الكلمتين كمترادفين .

(٢) ومن هذا القبيل أنه إذا اشترط صراحة فى عقد من العقود على أن الوفاء ، خلافاً للقاعدة العامة ، يكون فى محل الدائن وحدث أن اعتاد الدائن إرسال عميل له فى محل المدين وفقاً للعادة المستقرة ، فإن الشرط الصريح يعتبر أنه تعدل ولا يصح للدائن التمسك به .

انظر تطبيقات كثيرة من أحكام المحاكم على العادات فى كتاب أصول القوانين للأستاذ كامل مرسى باشا ص ١٣٠ و ١٣١ .

يذهب البعض ، إن إحالة القانون لا تغير من الأمر شيئاً ، وأنه يجب فى الحالين أن يتبين القاضى قصد الطرفين الصريح أو الضمنى فى الأخذ بها . كما قد يقال بأن إحالة المشرع تغنى عن البحث وراء نية المتعاقدين وتكون بمثابة اتفاق ضمنى على الأخذ بها . وبهذه المثابة تكون من الناحية العملية ، دون الناحية القانونية ، كقواعد القانون المفسرة أو المكملة[١] .

٨٣ — سبب التفرقة بين العادات والعرف :

وإذا كانت العادات تقرر قواعد مفسرة أو مكملة بالمعنى السابق ، فلماذا فرقنا بينها و بين العرف واعتبرنا العرف دون العادة مصدراً من مصادر القانون ؟

الجواب على ذلك أن العادة قد استكملت شروط الركن المادى[٢] السابق بيانها دون العنصر المعنوى وهو الإلزام ، فلا يشعر الأفراد نحوها بما يشعرون به نحو العرف . ولذلك فلا يؤخذ بما جرت عليه العادة إلا إذا ظهر من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قصدا اتباعها . أما العرف ، وهو قانون ، فملزم ما دامت لم تظهر نية المتعاقدين الصريحة فى استبعاد حكمه ، بل قد لا يجوز للمتعاقدين استبعاد حكمه أو مخالفته إذا كان يقرر حكما يتصل بالنظام العام .

---

(١) وهناك رأى يعتبر العادات جزءاً من القانون إذا أشار إليها ويجب العمل بها ، وبهذا تتساوى وقواعد القانون المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين . وهذا ما جرت عليه أحكام المحاكم الفرنسية . (أصول القوانين للأستاذ كامل مرسى باشا ص ١٢٥) .

(٢) والمحاكم تتشدد فى وجوب توافر شروط الركن المادى فى العادة كما فى العرف تماما . ومن ذلك أن محكمة الاسكندرية المختلطة قضت بأن الاصطلاح الجارى فى جهة الرمل بأن المستأجر ملزم بكسح المراحيض ليس ثابتاً بحيث يسمح بالقول بأن نفقات ذلك تقع على عاتق المستأجر . (٢٠ يناير مجموعة التشريع والقضاء ٢٧ ص ١٣٠) .

٨٤ — أهمية التفرقة بين العادة والعرف :

ويترتب على عدم توفر ركن الإلزام فى العادة وتوفره فى العرف نتائج هامة نلخصها فيما يلى :

(١) للمحكمة أن تطبق العرف من نفسها d'office ، أما العادة فيجب على ذى المصلحة التمسك بها .

(٢) أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانها ، أما العادة فلا تلزمهما إلا إذا قصدا الإحالة عليها صراحة أو دلالة .

(٣) لا محل لإثبات العرف[١] ، إذ أن معرفة العرف كمعرفة القانون المسنون من مهمة القاضى ، خلافاً للعادة إذ يجب على من يريد التمسك بها أن يثبتها .

(٤) عدم مراعاة قاضى الموضوع لأحكام العرف يخضع لرقابة محكمة النقض والإبرام ، إذ العرف قانون ، خلافاً للعادة التى لا تخرج عن أن تكون مجرد واقعة لقاضى الموضوع الرأى الأعلى فيها[٢] .

(٥) العرف التجارى قد يلغى القانون ولو كان متعلقاً بنص آمر لا يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية ، ولا يمكن أن يكون للعادات مثل هذا الأثر ، إذ أن مهمتها مقصورة على تفسير وتكملة نية المتعاقدين غير الظاهرة ، فلا يتصور أن يكون لإرادتهما غير الظاهرة من الأثر أكثر مما لإرادتهما الصريحة التى لا تستطيع الخروج على النص الآمر ، ولو لم يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية (أى ولو كانت تسوده مصالح خاصة)[٣] .

---

(١) ولكن صعوبة التحقق منه تجعل من مصلحة المتمسك به إثباته كما مر .

(٢) ويرى الشراح الذين يستبعدون العرف من بين مصادر القانون أن العادات كلها — سواء كانت عرفاً أو عادة — وقائع تخرج عن رقابة محكمة النقض والإبرام .

(٣) وسنعود إلى ذلك عند الكلام فى إلغاء القانون .

فـكل هذه النتائج الهامة تحتم أن يفرق بين العرف والعادة ، وأن يطلق على كل منهما اسمه حتى يرتفع الخلط الموجود بينهما .

٨٥ — تحول العادات الى عرف :

و إذا كنا نقول بوجوب التفرقة بينهما ، فلا يفهم من ذلك أن الانفصال بينهما تام ، بل بالعكس هما متداخلان . إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف ، بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة فى محيط معين ، و بعد ذلك يزداد انتشارها فى هـذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها فى كل اتفاق ، وعندئذ تقترب من العرف ، بل لا يكون بينها و بينه سوى خطوة واحدة ، بأن تنفصل تماماً عن إرادة الأفراد لتصير قاعدة عامة مجردة محتوية على عنصر الإلزام (l'opinio juris) ، وتصبح قانوناً كالقانون المكتوب سواء بسواء[١] .

المبحث الثانى

الدين[٢]

(Réligion)

٨٦ — التعريف :

الدين وحى من عند الله ينزل على نبى من أنبيائه ، لإرشاد الناس فى معاشهم

---

(١) چنى الكتاب الأول بند ١٣٣ ص ٤٣٠ وما بعدها .

(٢) كان للدين فى العصور القديمة شأن هام ، ويكاد هو والعرف أن يكونا المصدرين الوحيدين للقواعد القانونية . وقد كان امتزاجهما فى بعض الأحوال كبيراً إلى حد أنه كان يصعب معرفة ما إذا كان المصدر لقاعدة ما هو الدين أو العرف .

وفى معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة ، وينسب إليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التى اعترف بها الإسلام أديان أخرى كالبوذية والبراهمية وغيرها .

ولا يعنى الروابط الاجتماعية — وهى وحدها موضع القانون — من الدين إلا ما كان راجعاً إلى واجب الإنسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع فى تناول واجب الإنسان نحو غيره توسعها فى واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الإسلامى والدين اليهودى ، فهذه تكون مصدراً خصباً للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير إلا إلماماً يسيراً ، كالدين المسيحى ، وهذه تكون مصدراً للقانون فى حدود ضيقة .

٨٧ — متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون :

حتى يكون الدين مصدراً رسميا للقانون يجب أن يتوافر شرطان :

(الأول) أن يكون الدين قد عرض لتنظيم الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من عند الله ، تجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

(الثانى) أن يكون ما جاء به الدين من قواعد قانونية هو ما يطبقه القاضى فعلاً باعتباره مأخوذاً مباشرة من الدين .

ويأتى الدين بعد العرف مصدراً رسمياً للقانون ، ينسخ من القواعد العرفية فاسدها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزا عنيفاً ، ويهدم ما تداعى منه ، ويسير بالإنسانية خطوات إلى الأمام . فهو فى مبدئه يمثل التطور والحركة إلى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور وينضب ذلك المعين الخصب الذى كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى إذا أتى المجددون فى الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد رجع إليه النشاط والحركة ، ثم يعود إلى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٨٨ — أثر الدين فى القوانين الغربية :

وحظ الدين فى القوانين الغربية ضئيل . وذلك يرجع لسببين :

(السبب الأول) : أن القانون الرومانى كان قد انتشر فى البلاد الغربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها . وهو قانون من أرقى القوانين التى عرفها البشر ، فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة .

(السبب الثانى) : أن الدين المسيحى لم يعرض لأمور الدنيا إلا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل إلى قوم غير اليهود ، وبعث فى عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل أن تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون إلى جانب الدين .

على أنه إذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحى وقانون الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب إليه هو الدين المسيحى . وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما لله لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التى أتى بها

لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة للمسيحية فمصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين ، وقد تأثر كل من التشريع والفقه فيه بروح الدين المسيحى والقانون الرومانى والقانون الطبيعى .

وقد انتهزت الكنيسة فرصة ضعف السلطة الزمنية وتناول تشريعها مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود واعتبرتها مسائل تدخل فى اختصاصها لأنها تمت إلى الدين بسبب (١) . وبهذه الوسيلة تمكنت من بسط سلطانها وتركزت قوتها فى شخص البابا ، وأصبح هناك قانون كنسى من عمل الكنيسة خضعت له البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهوداً طويلة .

ولكن ما ألبثت السلطة الزمنية فى البلاد الغربية أن استردت نفوذها الضائع وسلطانها المفقود ، وأصبحت كل المسائل من اختصاص المحاكم المدنية ، إذ أصبح الانفصال تاما بين الكنيسة والدولة . إلا أن الدين بقى مصدراً تاريخياً للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص ، أما فى البلاد الشرقية فقد بقى التشريع الكنسى ، وما زال حتى وقتنا هذا ، هو الذى ينظم — وإن كان ذلك فى نطاق محدود — مسائل الأحوال الشخصية للمسيحيين ، وفى هذا النطاق لا معدى لنا عن القول بأن تشريع الكنيسة هو المصدر الرسمى لما يطبق عليهم من أحكام فى تلك المسائل (٢) .

---

(١) فثلا فى الزواج لمجرد أن الديانة المسيحية تعتبر علاقته مقدسة ، والعقود لأن الديانة المسيحية توجب الوفاء بالعهد وهكذا . انظر جودبى ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) وفى بعض هذه البلاد ، كمصر ، حيث تتمتع السلطات الدينية باختصاص واسع على رعاياها ، فإنها تطبق قوانين الكنيسة (التى هى ليست دينية بمعنى أنها لم ترد فى الدين المسيحى ومن ثم يجب على كل المسيحيين إطاعتها ، بل هى قواعد كونها التشريع الكنسى) . ولعل فى التجاء المسيحيين فى كثير من الأحيان إلى المحاكم الشرعية فى مصر ، لا سيما فيما يتعلق بمسائل الميراث ، خير دليل على ضعف الفكرة الدينية فى القوانين التى تطبقها الكنيسة .

٨٩ — أثر الدين فى القوانين الشرقية :

والأمر غير ذلك فى القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمى لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك إلى سببين مقابلين للسببين اللذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل فى القوانين الغربية .

(**السبب الأول**) لم ينتشر فى الشرق قانون كالقانون الرومانى ويستقر فيه حتى يصعب على الدين اقتلاعه .

(**السبب الثانى**) : عرضت الأديان التى انتشرت فى البلاد الشرقية ، وأهمها الإسلام واليهودية ، لأمور الدنيا بالقدر الذى عرضت به لأمور الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

لذلك كان الدين فى الشرق مصدراً خصباً تستمد منه القواعد القانونية . ففى اليهودية ترى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة والروابط المالية . أما الإسلام فهو دين ودولة . وإذا كانت مصادر الشريعة الإسلامية أربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، فإنه يمكن رد هذه المصادر إلى مصدرين : الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقه (ويشمل الإجماع والقياس) . فإذا اقتصرنا على الدين، رأينا الكتاب والسنة ، وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية فى إفاضة وإسهاب ، ففيهما الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال ، والقوانين الجنائية وغيرها . فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمى هو الدين[١] .

---

(١) على أن الفقه الإسلامى قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الإسلامية فى القواعد التى استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غيرملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ =

٩٠ — مستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون :

ومستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين :

(أولا) : تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الإسلامية نهضة تعيد إليها جدتها ، حتى تساير أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن من قبل .

(ثانيا) : ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيها يدفعه إلى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ، ليستق من أحكامها ما يعد متمشياً مع أحدث المبادئ القانونية وأرقاها ، وفى الشريعة الإسلامية الكثير من ذلك .

وعندنا أن الإجماع هو المصدر الخصب الذى يكفل تجدد الشريعة الإسلامية على مر الأجيال ، فإذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الإجماع هو الباب الذى يدخل منه التشريع ليكون مصدراً رسميا للشريعة الغراء .

٩١ — الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى :

قبل عهد محمد على : كان للدين أثر كبير فى القانون المصرى قبل عهد محمد على ، فكانت الشريعة الإسلامية — وأحد مصدريها هو الدين كما قدمنا — هى التى تطبق فى قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير المسلمين فكانوا يخضعون فى أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد على إلى عهد إسماعيل : بدأ تغلغل القانون الفرنسى فى مصر

= الوعد بالعقد. وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة ، كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لمانع معين .

منذ عهد محمد على ، فبدئ بقانون التجارة و ببعض قواعد القانون الجنائى .
و بقى نفوذ القانون الفرنسى يزداد ونفوذ الشريعة الإسلامية يتقلص إلى
عهد إسماعيل .

من عهد إسماعيل إلى اليوم : وفى عهد سماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسى
إلى قمته ، عندما أنشئت المحاكم المختلطة (سنة ١٨٧٦) ، ثم المحاكم الأهلية
(سنة ١٨٨٣) . ففى ذلك العهد حل القانون الفرنسى ، فيما عدا الأحوال
الشخصية ، محل الشريعة الإسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات
الحالية : القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون المرافعات
والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات . وقد أخذت كلها من التقنينات
الفرنسية مختصرة مقتضبة .

وبقى للشريعة الإسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون الأحوال
الشخصية هو مجموع القواعد التى تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته من وقت
ميلاده إلى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق
والميراث والوصية كل هذه تدخل فى الأحوال الشخصية . بل وفى خارج دائرة
الأحوال الشخصية تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً لبعض مسائل القانون المدنى
لمتعلقة بالمال . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الإسلامية ،
كالوقف والحكر والهبة . ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة
الإسلامية ، فتكون الشريعة الإسلامية مصدرها التاريخى ، كالشفعة والبيع فى
مرض الموت والغبن و بعض مسائل فى البيع والإيجار . وهناك قليل من الأحكام
الجنائية مستمدة من الشريعة الإسلامية كحق التأديب الشرعى للأب على ابنه
وللزوج على زوجته لا تترتب على استعماله مسئولية جنائية (راجع المادتين ٧ ،

٦٠ من قانون العقوبات الأهلى)[1] .

بيد أنه يلاحظ أن تشريعات صدرت فى العهد الأخير بشأن الميراث والوصية والوقف ، وهذا يستوجب القول بأن المصدر الرسمى لما احتوته تلك التشريعات من قواعد هو التشريع ذاته ، وأصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لها .

ملاحظة أخيرة : قد يقال — حتى بالنسبة لما يستمد مباشرة من الشريعة الإسلامية كأحكام الزواج والطلاق وغيرها — أن المصدر الرسمى لتلك القواعد هو التشريع ، تأسيساً على أنه هو الذى أحال عليها ، بأن أوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . لكن هذا قول مردود ؛ إذ المناط فى اعتبار المصدر مصدراً رسمياً هو أن يكون المصدر ذاته هو أداة التعبير عن تلك القواعد ، وليس التشريع هو أداة التعبير عنها ، وإنما أداة ذلك هو الدين .

٩٢ — القانون المدنى الجديد والشريعة الإسلامية :

يبدو مما قدمنا أن الشريعة الإسلامية مصدر رسمى لكثير من قواعد الأحوال الشخصية ، وأنها مصدر تاريخى لما نقل عنها من أحكام ؛ سواء تعلقت هذه بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات .

لكن القانون المدنى الجديد — وهو مقصور على المعاملات — قد استحدث تجديداً خطيراً ، بأن جعل الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، إذ قال فى مادته الأولى فقرة ثانية :

« فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . . . » .

(١) انظر مقال الأستاذ على بدوى بك « أبحاث فى أصول الشرائع » فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ص ١٦٤ .

ومؤدى هذا النص أن القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفاً يمكن تطبيقه فيما يثور أمامه من منازعات ، فإنه يرجع إلى الشريعة الإسلامية ، حتى إذا ما وجد فيها حكماً طبقه مباشرة . وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية ، وفى دائرة المعاملات ، من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الثالث

القانون الطبيعى وقواعد العدالة

(Droit Naturel et Règles de l'Equité)

---

٩٣ — ظهور فكرة القانون الطبيعى فى الأزمان المختلفة :

رأينا فيما قدمناه (فى الباب الأول) أن فكرة القانون الطبيعى كانت تظهر فى كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانوناً ، وفى القرون الوسطى ديناً ، وفى العصور الحديثة سياسة .

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان قد قضى عليها بظهور مذهب التطور التاريخى ، ولكن لم يلبث أن حل محل الفكرة المهجورة فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، التى تعتبر القانون الطبيعى مجرد المبدأ الذى يوجه الإنسان نحو تحسين النظام الاجتماعى ، أو هو فكرة العدالة . وقد انتصر لهذه النظريه الجديدة فقهاء كثيرون ، كما أنها أصبحت تتمثل لدى البعض مبادئ قليلة العدد يجب على المشرع احترامها .

ففكرة القانون الطبيعى إذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة فى كل العصور ، لم يخل منها عصر حتى وقتنا هذا .

٩٤ — أثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين القديمة :

وقد تأثر القانون الرومانى بالقانون الطبيعى وقواعد العدالة تأثراً كبيراً ، فتكوّن قانون بنى على هذه القواعد (قانون الشعوب) ، وكوّنه القضاة الرومانيون إلى جانب القانون المدنى العتيق . فوجد القانونان المدنى والبريطورى جنباً إلى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف فى تاريخ القانون الرومانى .

وتأثرت الشريعة الإسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الإسلامى انقسم إلى مدرستين ؛ مدرسة أهل الرأى وعلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير فى تكوين الفقه الإسلامى .

وتأثرت الشريعة الإنجليزية أخيراً بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشئ ديوان المستشار ترفع إليه الظلامات من جمود القانون الإنجليزى (Common Law) العتيق وضيقه ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكوّن إلى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٩٥ — أثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين الحديثة :

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر إلى حد كبير بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . فهى تؤثر فى المشرع والقاضى .

أما المشرع فمن حيث إنها تقيده ، إذ أنه يلتزم بعدم الخروج على تلك المبادئ فيما يسن من قوانين .

أما القاضى فتأثرها عليه أشد وأظهر ، ذلك لأنه يلتجئ إليها عند ما لا تمده مصادر القانون الأخرى بحل للنزاع المعروض عليه . فيقضى القانون السويسرى مثلا فى المادة الأولى بما يأتى : « عند عدم وجود نص فى القانون يحكم القاضى بالقانون الذى كان يسنه لو كان هو مشرعا ويتبع التقاليد المعمول بها » . وهناك غيره من القوانين الغربية تقضى بمثل ذلك . كما أن هناك من القوانين ما يحيل القاضى — بدلا من مبادئ العدالة والقانون الطبيعى — إلى المبادئ العامة فى قانون الدولة كالتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ٣) ، أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (المادة الأولى من التقنين الصينى) .

والواقع أن هذه العبارات جميعا (القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، والمبادئ العامة فى قانون الدولة أو المبادئ العامة دون نعت أو تخصيص) ، وكما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الجديد ، لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى ، وإنما هى تلزمه أن يجتهد برأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص ، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعى وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو القانون بوجه عام .

ولم ير القانون الجديد أن يستبعد التعبير الذى استعمل فى نصوص التشريع الملغى[1] « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » والذى يسر للقضاء أسباب الاجتهاد فى أرحب نطاق ، فنص عليه فى آخر الفقرة الثانية من المادة الأولى بقوله « ... فإذا لم توجد (أى مبادئ الشريعة الإسلامية) فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

---

(١) راجع المادة ١١ مدنى مختلط والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « عند سكوت القانون أو نقصه أو غموضه على القاضى أن يرجع إلى العدالة والقانون الطبيعى » . وقارن كذلك نص المادة ٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

والواقع أنه فى كنف تلك المبادئ استطاعت المحاكم المصرية ، من أهلية ومختلطة ، أن تطبق بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية ، فضلا عن المبادئ العامة فى القانون المصرى ذاته والشريعة الإسلامية .

ولنشر فيما يلى إلى بعض تطبيقات . لكن ينبغى أن نلاحظ أنه لا محل البتة للاستعانة بتلك القواعد فى المسائل الجنائية ، إذ بغير نص لا جريمة ولا عقوبة (م ٦ من الدستور المصرى) .

٩٦ — تطبيقات مختلفة :

وقد طبقت المحاكم المصرية مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى حالات مختلفة نذكر منها : الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الظروف الطارئة[1] .

٩٧ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle

لا يوجد حتى الآن فى القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون الجنائى إلى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت فى الوقت ذاته إلى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك التجأت المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحماية المؤلف

---

(١) وتطبيقاً لتلك المبادئ قضت المحاكم باعتبار رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع مضى المدة فيمنع بذلك سقوط الحق ، وإن كان القانون المدنى لم ينص على ذلك .

كذلك قضت بعدم جواز استرداد الزوجة المسيحية للمبلغ الذى دفعته عند الزواج إلى زوجها وهو ما يسمى بالبائنة « الدوطة » ، لأنه لم يعط له بصفة وديعة ، بل ليكون بمثابة إعانة مالية تساعده على القيام بشؤون الزوجية . وهناك حالات أخرى .

والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على كل من يعتدى على حرمة هذه الملكية .

وهناك مشروع قانون أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية (وقد عرض هذا المشروع على مؤتمر الملكية الأدبية والفنية الذى انعقد بالقاهرة فى ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، فلقى استحساناً فى أكثر النواحى) . ولعل المشرع المصرى يسد هذا النقص فى القانون .

٩٨ — نظرية التعسف فى استعمال الحقوق Théorie de l'Abus des Droits

استقرت هذه النظرية فى القضاء المصرى استقرارها فى القضاء الفرنسى . والجديد فى هذه النظرية أنها تجعل من يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف فى هذا الاستعمال ، مسئولا عما أصاب به الغير من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسئولية على شخص اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق ، فأتت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالغرض الاجتماعى [1] الذى وجدت من أجله . فإذا استعمل صاحب الحق حقه فى غير هذا الغرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية إلا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

ومن الأمثلة على التعسف فى استعمال الحق تعسف المالك فى استعمال حق ملكيته ، كمن يبنى جداراً عالياً يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك [2] ، وتعسف صاحب العمل فى فصل عامل لسبب غير

---

(١) وقد رأينا فيما سبق أن مذهب التضامن الاجتماعى يقرر أن الملكية وظيفة اجتماعية لا يجوز استعمالها فى غير تأدية هذه الوظيفة .

(٢) بل إن المحاكم خطت فى تطبيق هذه النظرية خطوة أبعد من ذلك ، وذلك فى حالة ==

مشروع أو فى وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين فى رفع الدعاوى الكيدية ، وغير ذلك .

لكن القانون المدنى الجديد قد نص عليها فى المادة الخامسة ، وبذا أصبح التشريع هو مصدرها الرسمى .

٩٩ — نظرية تحمل التبعة Théorie des Risques :

وهذه نظرية أخذت بها بعض المحاكم المصرية[١] وبنتها على مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه . أما إذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير ، وهذه نظرية المسئولية التقصيرية (Responsabilité Délictuelle) . إلا أن تقدم المدنية وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها ، كان من شأنه أن جعل فى يد الإنسان أشياء جمة النفع شديدة الخطر ، فإذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعة ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ فى جانبه ، إذ الغرم بالغنم .

ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل ، وإصابات العمال ، ونحو ذلك .

= ما يقتصر الشخص على استعمال حق ملكيته ولا يتعسف فيه بل ويتخذ الاحتياطات التى تحول دون وقوع الضرر بالجار ، ولكن الضرر يقع عليه بالرغم من ذلك . ويشترط فى هذه الحالة أن يتجاوز الضرر المضار العادية للجوار كما تقول المحاكم . وقد حكمت بمسئولية المالك الذى يتصاعد من ملكه أصوات أو دخان كثيف أو غازات تضر بغيره وإن كان قد اتخذ كل الاحتياطات .

(١) وإن كان القضاء فى جملته فى فرنسا وفى مصر لا يأخذ بها .

١٠٠ — نظرية الحوادث الطارئة Théorie de l'Imprévision

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن محكمة النقض لم تأخذ بها . وهى نظرية عادلة ، يمكن إرجاعها إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والأصل أن الملتزم لا يعفى من تنفيذ التزامه إلا إذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه إذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . فإذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فهو لا يعفى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد أصبح مرهقاً عسيراً . وهذا الشطر الأخير من القاعدة غير عادل ، فقواعد العدالة تقضى بأنه إذا تغيرت الظروف ، وجدّ حادث طارئ لم يكن متوقعاً وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، وجب تخفيف وطأة هذا الإرهاق فيعفى المدين من بعض التزامه ، وهذا ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

وقد أخذت بهذه النظرية المحكمة الإدارية العليا فى فرنسا فى قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى الأولى فارتفع سعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً ، وأصبح إلزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقاً لها .

وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية فى قضية ثبت منها أن تاجراً تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت أن كانت التسعيرة الإجبارية قائمة ، ثم ألغيت هذه التسعيرة فارتفع سعر الحبوب إلى أكثر من الضعف ، وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين[1] .

---

(١) وإذا كانت محكمة النقض المصرية لم تقر محكمة استئناف مصر فيما ذهبت إليه ، إلا أن النظرية أصبحت مقررة فى القانون المدنى الجديد إذ نص عليها فى المادة ١٤٧ فقرة ٢ ، =

المبحث الرابع

الفقه والقضاء[1]

(La Doctrine et La Jurisprudence)

١٠١ — التعريف :

الفقه هو استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .

والقضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع إلى المحاكم .

١٠٢ — أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فإذا تجرد القانون

= « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) لما كانت القوانين تصدر في شكل مواد موجزة ، كان من الطبيعي أن تشرح هذه المواد وتفسر لجلاء ما يمكن أن يكتنفها من غموض . فضلا عن أن هناك ألفاظاً لم يحدد معناها المشرع ورتب عليها نتائج هامة ، مثل الغلط والتدليس وحسن النية وسوء النية إلى غير ذلك . وأخيراً فإن القانون مهما بلغ من الكمال عند وضعه لا يمكن أن يحيط بكل ما يجد في الحياة من معاملات حتى يضع لها القوانين التي تنظمها . فهل كان يمكن لقانون نابليون مثلا أن يتنبأ بالاختراعات الحديثة التي سهلت الاتصال بين الدول وقربت المسافات وأوجدت ضروباً من التعامل جديدة وأنواعاً من التبادل مستحدثة ؟

في كل ذلك يشترك الفقه والقضاء ولكن بطريقة مختلفة : فالقضاء يتناوله بطريقة عملية وبمناسبة ما يعرض أمامه من المنازعات . أما الفقه فيتناوله بطريقة نظرية ، وإن كان الفقه الحديث قد جرى على الاهتمام بالناحية العملية ، ذلك الاهتمام الذي يظهر من تتبعه لأحكام المحاكم وتأثره بها . ولكن الفارق بينهما ما يزال قائماً ؛ فالفقه يتأثر بها وهو بين الكتب ، أما القضاء فإنه ينزل إلى صميم الحياة ليعالج شؤونها ومن ثم كان تأثره بها أشد وأظهر .

عن مظهريه العلمى والعملى ، فلا يتبقى منه شىء كثير .

والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب . ولكل نشاط اجتماعى علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون . والقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء .

والقانون مادة حية غذاؤها التطبيق العملى . فإذا اقتصر الأمر فيه على أن يسجل فى التقنينات والتشريعات ، وعلى أن يدون فى كتب الفقهاء ، لم يعدُ أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له ؛ صلاحيته للتطبيق العملى حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذى يطبق القانون ، وهو الذى يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذى وجد فيه .

١٠٣ — مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

فمزية الفقه هى نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدما إلى الأمام ، يتمشى مع التطور ويسابق الزمن . فالفقيه أوسع أفقاً من القاضى ، وأسرع تأثراً بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيراً ما ينحرف عن الحياة العملية ، وهو فى سموه إلى العموميات يبتعد عما فى الحياة من ملابسات وظروف خاصة فى كل قضية من أقضيتها .

ومزية القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها ، ويحور القانون بحيث يجعله يتمشى مع تطوراتها . ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما

حولها ، ولا تمتد إلى ما وراء ذلك ، وشيء من البطء فى التطور يتفق مع نزعة محافظة فى القضاء .

١٠٤ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ، وأن عيب كل منهما هو فقده لمزايا الآخر ، فهما يكملان بعضهما بعضاً . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء . فالفقيه يرسم خط السير للقاضى ، والقاضى يعبّد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضى ، فينحو بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضى يكشف الطريق أمامه .

وخير النظم القانونية هو النظام الذى ينطوى على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

١٠٥ — الفقه والقضاء مصدران تفسيريان للقانون عند أكثر الأمم :

وقد أصبح الفقه والقضاء فى العصور الحديثة مصدرين تفسيريين للقانون عند أكثر الأمم . ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين فى المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون فى أول أمرها من صنع الفقيه والقاضى ، حتى إذا كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ، أتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية ، وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ، فتصبح مهمة الفقيه والقاضى تفسير القانون لا صنعه ، ولكنهما فى الواقع من الأمر إذ يفسران القانون ، كثيراً ما يكون تفسيرهما صنعاً .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان فى القوانين القديمة ، وهما مصدران تفسيريان فى معظم القوانين الحديثة . وها نحن نبحث الحالتين .

المطلب الأول

الفقه والقضاء فى القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية ؛ وهى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزى .

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونا فى تقدم القانون الرومانى وفى تقدم الشريعة الإسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسى للشريعة الإنجليزية .

§ ١ — القانون الرومانى

١٠٦ — بدأ القانون الرومانى فى أول مراحله عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول فى الألواح الاثنى عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا ، إلى جانب التشريع ، هما المصدران الأساسيان فى تطور القانون الرومانى وفى تقدمه .

١٠٧ — القضاء :

أما الحركة القضائية ، فبدأت منذ بدأ « البريطور » الرومانى يتولى شؤون القضاء . وكان هناك « بريطور » للرومانيين ، وآخر للأجانب ، الأول يطبق القانون المدنى الرومانى ، والثانى يطبق « قانون الإنسانية أو قانون الشعوب » . ولكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنعاً ، وسبيلهم إلى ذلك « للنشورات القضائية » . فقد كان البريطور الرومانى يلى شؤون القضاء سنة واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشوراً » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من هذه القواعد كان من شأنها إدخال

تعديلات جوهرية على القانون الرومانى العتيق ، بما يتفق مع مقتضيات العدالة ، وتطور الحضارة . وكان البريطور يسلك إلى ذلك طريقاً خاصا بالقانون الرومانى ، فقد كان فى يده ، بمقتضى ولايته للقضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشاء ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الرومانى يماشى الحضارة الرومانية فى تقدمها ، وأن يكسر قيود القانون العتيق ، فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة فى إنكارها ولو أعطاها القانون القديم ، وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة فى إعطائها ولو لم يعطها القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلا للعقود ، ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سبباً للبطلان ، أعطى دفعاً للمدعى عليه ، إذا كان ضحية الغش ، يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضى لا يحكم للمدعى إلا إذا لم يكن هناك غش . وهكذا خلق « البريطور » دعاوى ودفوعا مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع بالقانون الرومانى فى طريق التطور . وتوالت المنشورات القضائية ، واحداً بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقى من منشورات سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف إليه جديداً ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذى يتكون على مر الأعوام ، ومعه عنصر متجدد وهو عامل التطور ، وسمى كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقى إلى عهد الإمبراطورية ، ثم جمع تجميعاً رسميا وحرّم الإمبراطور هارديان إضافة شىء إليه .

على أن هذا القانون البريطورى بقى منفصلا عن القانون المدنى ، و بقى هذا الانفصال حتى عهد جوستنيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانوناً واحداً هو القانون الرومانى المعروف لنا اليوم . فالقانون الرومانى كان إذن من صنع القضاء إلى حد كبير .

١٠٨ — الفقه :

وكان القانون الرومانى من صنع الفقه أيضاً . وقد مر الفقه فى القانون الرومانى على أدوار ثلاثة : كان القانون فى الدور الأول فى يد رجال الدين يكتمون أسراره عن الدهماء ويحتكرونه احتكاراً . ثم أفشى السر وأعلنت الإجراءات القانونية للناس فى دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون . وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتواه عند استفتائه من عملائه ، ثم يناقشونه فى هذه الفتاوى . وكان القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » ، كانوا أقرب إلى المحلفين فى العصر الحديث ، يبتون فى الوقائع ويستفتون فى القانون إذا لم يكونوا من رجاله) يلجأون إلى رجال القانون يستفتونهم فى المسائل القانونية التى تعرض لهم فى الأقضية التى ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجراً على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى إلى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون أن يرشحوا للمناصب الكبيرة فى الدولة .

وفى الدور الثالث دخل الفقه الرومانى فى طريقه العلمى ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علمياً أكثر منه عملياً ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمى للقانون الرومانى . فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تُلزم القضاة فى أحكامهم . وبدأ الفقه العلمى بمدرستين ؛ زعيم الأولى هو الفقيه « لابيو » ولكنها سميت باسم تلميذه « بروكيليان » ، وزعيم الثانية هو « كابيتو » ولكنها سميت باسم تلميذه سابنيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما كان

فى التفصيلات . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية ، إذ كان زعيمها « لا بيو » جمهوريا مخلصاً حتى بعد استقرار الإمبراطورية . أما المدرسة السابينية فقد كانت أكثر تمشياً مع المبادئ الإمبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الرومانى وانتشر ، وكان له أثر كبير فى تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمى بخمسة فقهاء هم أبعد فقهاء الرومان ذكراً وأعظمهم أثراً : جايس و پاپنيان والپيان و پول ومودستين .

ولما استأثر الإمبراطرة بالأمر منعوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلجأ الناس إلى كتب الفقهاء القدماء ، وفى مقدمتهم پاپنيان . وقد علق تلميذاه الپيان و پول على مؤلفاته وخالفاه فى كثير من آرائه ، فأمر الإمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء پاپنيان دون تلميذيه . وفى أوائل القرن الخامس الميلادى اعتمد الإمبراطرة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم ، وآراء الفقهاء الذين نقل عنهم هؤلاء الخمسة ، فإذا تضاربت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، فإذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له پابنيان ، إذ كان يعتبر أكبر فقيه رومانى . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة وممن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقه فى صنع القانون الرومانى وفى تطوره .

على أن لنا ملاحظتين على الفقه الرومانى :

(**الملاحظة الأولى**) : تقدم القضاء الفقه فى القانون الرومانى وكان له أكبر الأثر فى تكوين القانون . فقد رأينا « المنشور القضائى » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين . فالقانون الرومانى بدأ قضاء وانتهى فقهاً .

(الملاحظة الثانية) : كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء و « براطرة » ، فقد كان پاپنيان ومن بعده الپيان و پول من كبار وزراء الدولة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة إلا جايس ، فالظاهر أنه كان أستاذا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصباً عمليا . فالفقه الرومانى كان إذن مشبعاً بالروح العملية ، ولم تكن الشقة بعيدة بينه و بين القضاء . وهذا يفسر ما كان للفقه من أثر فى القضاء .

§ ٢ — الشريعة الإسلامية

يمكن تقسيم الشريعة الإسلامية من حيث أثر الفقه والقضاء فى تكوينها إلى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذى تلاه إلى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه إلى عهدنا هذا . ونتكلم عن هذه العهود الثلاثة ونتبعها بمقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى .

١٠٩ — العهد الأول :

هو عهد النبى عليه السلام ، وكان للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد مصدران : الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين . فالدين إذن كان المصدر الوحيد للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد . أما الفقه فلم يكن له محل والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحى ، والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم . على أن النبى عليه السلام أقر الرأى كمصدر للشريعة الإسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث معاذ بن جبل إلى اليمن ، ولما سأله بماذا يقضى فأجابه معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد برأيه ، أقره النبى على ذلك .

والقضاء لم يكن كذلك مصدراً رسميا للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد ، وقد كان النبى أول قاض فى الإسلام ، وكان قضاؤه ملزماً لا على أنه قضاء ، بل على

أنه سنة . فهو إذا قضى فى حادثة كانت له صفتان : صفة المشرع فيما يلهمه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب ، فيبين القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضى يطبق القاعدة القانونية التى قررها على ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة المشرع لم ينكرها عليه الناس منذ آمنوا برسالته ، أما صفة القاضى فقد ترددوا فى التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة فى إثباتها له[1] .

قضاء النبى عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية التى يقررها ، وهذه هى السنة وهى ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التى يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم فى ذلك ، إذ يجوز عليه الخطأ .

١١٠ — العهد الثانى :

ويبدأ بعهد الخلفاء الراشدين وينتهى بظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه فى الكتب . وفى هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء أثر فى تكوين الشريعة الإسلامية ، وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشى الآخر . ولكن الفقه أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة فى العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء فى هذا العهد الثانى أن وُجد القاضى الفقيه

---

(١) قال الله تعالى : فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيداً . . . فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليما » . وقال عز وجل : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » . ثم إن النبى عليه السلام كان معصوماً بصفته مشرعاً ، ولم يكن معصوماً بصفته قاضياً ، وقد قال تأكيداً لهذا المعنى : « إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقضى له قطعة من نار » .

وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووُجد الفقيه المفتى وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء فى ذلك العهد ، إذ كان القاضى فقيهاً والفقيه قاضياً . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الإسلامية أخذت فى القوة وحركة القضاء أخذت فى الضعف ، إلى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده إلى جانب الدين مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا فى العهد الثالث كما قدمنا . أما فى العهد الثانى فقد كان للقضاء شأن فى تكوين الشريعة الإسلامية يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر فى الفقه تأثير الفقه فى القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء ، ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

أما القضاء فكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابعى التابعين وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدين . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحاً البصرة ، وولى أبا موسى الأشعرى الكوفة ووضع له دستور القضاء فى كتابه المعروف . والقضاة فى ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية ، « وكان فى كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضى إذا أشكل عليه أمر »[١] ، وفى المبسوط للسرخسى « أن عمر كان يستشير الصحابة مع فقهه ، حتى إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لى عليًا ، وادعوا زيداً . . فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه » ، وترى من هذا كيف أن القضاء كان يتأثر بالفقه . على أن القضاء كان يؤثر فى الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون برأيهم ، سبقهم إلى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر

(١) تاريخ القضاء فى الإسلام للقاضى محمود بن عرنوس ص ١٩ .

مواقف معروفة فى استعمال الرأى ، بل يصح أن يقال إنه هو المؤسس لمدرسة الرأى . وقد وضع من القواعد القانونية فى الشؤون الإدارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع إمبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء ، فخالطت المدنيات القديمة ، وجدّت لها حاجات كثيرة . وكان القاضى يأخذ بقضاء سلفه ، فعمر يأخذ بقضاء أبى بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه ، والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم فتاواهم [(١)] .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره فى تكوين الشريعة الإسلامية ، وأثره فى الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلا يقل عن القضاء تأثراً وأثراً ، فقد كان فى ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامى . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين : أهل الحديث وأهل الرأى . بدأ المدرستان تكوّنان نزعتين عند الصحابة والتابعين وتابعيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتى إلا به ، وهؤلاء فى الغالب من بقى من فقهاء المسلمين فى الحجاز [(٢)] ، وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفى الإمبراطورية الإسلامية الواسعة الأطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التى عرفها ، وكل هـذا يقتضى تجديداً

---

(١) فالعراقيون يجمعون « قضايا علىّ وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون » . ضحى الإسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ . « وابن مسعود فقيه جليل يتأثر عمر بن الخطاب فى دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبى طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستوراً ... وشريح مارس القضاء نحو ستين سنة فى العصر الأموى ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأى بدعائم قوية ، وكان له أكبر الأثر فى تلوينه وتمييزه » المرجع السابق جزء ٢ ص ١٨١ . وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لا يهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : « ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على قضاء إلا وقد علمته » . المرجع السابق جزء ١ ص ٢٠٩ .

(٢) كالعباس ، وعروة بن الزبير ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وسعيد بن المسيب ، والزهرى ، ونافع .

وتطوراً ، فمال إلى الاجتهاد والرأى [١] .

على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا من الحجاز ، فإن منهم من كان فى العراق كالشعبى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكن أحد منهم فى الحجاز ، فقد كان فى الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة ، ، بل إن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً فى اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبى عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، (كما فعل فى حرمان المؤلفة قلوبهم وفى إيقاع الطلاق الثلاث) . كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى أصلا ، فقد كانوا يقولون به ولكن فى حدود ضيقة ، ولم ينكره إلا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهرى . وليس معناه أن أهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه إلا القليل .

الفرق إذن بين المدرستين إنما كان فى الاتجاهات العامة والنزعة لا فى التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للإسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذى تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية فى الشريعة الرومانية . وأهل الرأى هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الإسلام وانتظامه الأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة فى إمبراطورية مترامية الأطراف ، فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الإسلامية لما أظلته من مدنيات وماسيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابينية . ثم قويت النزعتان ، وتحددت كل نزعة حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم ما لبثت

---

(١) كعبد الله بن مسعود ، وعلقمة ، ومسروق ، وشريح ، والأسود النخعى ، وابراهيم النخعى ، وحماد .

المدرستان أن أخذتا فى التقارب شيئاً فشيئاً حتى كادتا تمتزجان على النحو الذى سنراه .

ويعنينا الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه فى تكوين الشريعة الإسلامية كبيراً كنصيب القضاء .

كانت مصادر الشريعة الإسلامية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادهما الفقه فى هذا العهد الثانى مصدرين آخرين : الإجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الإسلامية مرونتها على مر الزمن .

أما الإجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد ، ووجدت فكرة تنظيم الرأى من طريق الاستشارة . وقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فإذا أجمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الإجماع يكون مقصوراً على الصحابة . ثم امتد إلى التابعين ، فتابعيهم ، ثم صار أخيراً إجماع المجتهدين من أمة محمد فى عصر من العصور . وفى هذا تطور للإجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد[١] .

أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأى والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان فى الأخذ به اختلافاً بيّناً ، فأهل الرأى يكثرون من القياس والتفريع

---

(١) وقد وجد الفقهاء سند الإجماع فى حديث للنبى عليه الصلاة والسلام « لا تجتمع أمتى على ضلال » . ونقل جولدزيهر المستشرق المشهور فى كتابه « العقيدة والقانون فى الإسلام » (ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكى جزء ٢ أن الشافعى رأى سند الإجماع فى قوله تعالى فى سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مفاتيح الغيب للفخر الرازى جزء ٣ ص ٣٨ ، وشنوك هرجرونج المستشرق المعروف فى مجلة تاريخ الأديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للإجماع فى القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدراً للشريعة الإسلامية .

والاستنباط ، ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك . وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا فى القليل النادر من المسائل ، ولايفرضون فرضاً لم يقع .

١١١ — العهد الثالث :

ويبدأ من وقت تدوين الفقه إلى وقتنا هذا .

وفى أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وقل شأن القضاء . وقد تركز مذهب أهل الرأى فى أبى حنيفة[١] بالكوفة ، وتركز مذهب أهل الحديث فى مالك بالمدينة ، واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ أشده . ثم عادت المدرستان إلى التقارب والتفاهم على يد أبى يوسف والشافعى ، وإن شذ بعد ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهرى .

وقد ظهر فى أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب التى اندثرت[٢] . والواقع من الأمر أن هؤلاء الأئمة ختموا عهوداً بدأها غيرهم ، وكان عملهم الإنشائى فى الفقه أقل من عملهم التنظيمى ، فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، ولا سيما عند أهل الرأى ، من أهم المصادر للشريعة الإسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليهما من حيث الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم متجها فى معظمه إلى

---

(١) انظر فى طريقة أبى حنيفة فى استنباط الأحكام الشرعية كتاب الأستاذ لامبير فى القانون المقارن ص ٣٥٣ وما بعدها . ومن رأى الأستاذ لامبير أن ما يشير به الفقيه الفرنسى (جنى) من وجوب استنباط الأحكام القانونية بطريق البحث العلمى الحر هو ما سار عليه أبو حنيفة فعلا فى استنباط الأحكام الشرعية .

(٢) كمذهب الأوزاعى ، ومذهب سفيان الثورى ، ومذهب داود الظاهرى ، ومذهب ابن جرير الطبرى وغيرها .

تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضعه على أسس منطقية[١] . وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل إنشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة إدخال قواعد العدالة والمصلحة العامة مصدراً جديداً للشريعة الإسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم أصول الفقه[٢] . ومن المبالغة أن نرى في هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير في الأسس والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية[٣] . ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، ولا سيما المتأخرين من الفقهاء لاندمجت هذه المذاهب وأصبحت مذهباً واحداً ينتظم أهل السنة جميعاً .

ورجل هذا العهد هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم . وساعد على ذلك أن تم تدوين الفقه في هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هي الدولة العباسية ، وهي الدولة التي اصطبغت بالصبغة الدينية ، وأخذت بيد الفقيه ورفعتــه إلى أعلى الدرجات . بز الفقيه القاضي[٤] ، ومنع من

(١) ومن هنا كان الإجماع كمصدر للشريعة الإسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة فيها إلى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور على هذا السند) . فإنه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الإسلامية ، وتعدد الفقهاء والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأي فيهما ، والأخذ به باعتباره إجماعاً .

(٢) وأول كتاب معروف فيه رسالة الشافعي .

(٣) على أن أئمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى بهديه ، فمحمد رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعي عن مالك ومحمد ، وأخذ أحمد بن حنبل عن الشافعي .

(٤) أما أن الفقيه كان يصارع القاضي فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات التي كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة ، كما وقع لأبي حنيفة وابن أبي ليلى . وأما أن الفقيه ظفر بالقاضي فيدل عليه أن القاضي صار يقلد الفقيه ، وإذا حاول الاستقلال في قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الأستاذ عرنوس في كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما رأى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما =

ظهور المشرع[١] وانفرد يحلق فى سماء القانون .

وقد كان الخير فى أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء فى تكوين الشريعة الإسلامية ، وهو ما شاهدناه فى العهد الثانى ، فإن الفقيه لما استأثر بالأمر فى العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية[٢] وأكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما يغذيه من عناصر الحياة الخارجية[٣] ، ثم وقفت حركته ، وأقفل باب الاجتهاد[٤] فإذا أريد الإصلاح وجب أن يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح

= نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يفتون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحداً ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدى إليه اجتهادهم فى الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلا ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الأمير » .

(١) وقد حاول ابن المقفع أن يدفع المنصور إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فلم ينجح ومما ذكره له فى كتابه الذى رفعه إليه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة ، فترفع إليه فى كتاب ، ويرفع معها ما يحتج كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتاباً جامعاً ، رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لإجماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه » . تاريخ القضاء ص ٨٥ .

(٢) وكان البعد عن القضاء يعد تنزهاً ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء فى كتاب ضحى الإسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى فى تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى أن كثيراً من المحدثين لا يروون حديث من تقرب إلى السلطان . وأن كثيراً عابوا أبا يوسف من أجل توليه القضاء ، والحكايات من هذا القبيل كثيرة ، قال محمد بن جرير الطبرى : إنه قد تحامى حديث أبى يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأى عليه وتفريعه الفروع والأحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثان لأبى حنيفة على امتناعه من تولى القضاء فى العهد الأموى .... وفى الدولة العباسية .

(٣) انظر رأى الأستاذ لامبير فى ضرر الأخذ بالرأى إذا لم ترشده وتسنده عناصر الحياة الخارجية ، فى كتابه فى القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٤) بعد أن رتبت طبقات الفقهاء ، فطبقة المجتهدين فى الشرع ، وطبقة المجتهدين فى المذهب ، وطبقة المجتهدين فى المسائل التى لا نص فيها عن صاحب المذهب ، وأصحاب التخريج ، وأصحاب الترجيح ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومذ وصلنا إلى طبقة المقلدين أقفل باب الاجتهاد .

فى الفقه باب الاجتهاد من جديد ، وأن يقوم التشريع إلى جانب الفقه والقضاء فتتغذى الشريعة الإسلامية من هذه المصادر الثلاثة[١] .

١١٢ — مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى :

إذا قارنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى أمكننا أن نلاحظ ما يأتى :

(أولا) بدأ القانون الرومانى قضاء وانتهى فقهاً كما قدمنا ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت فقهاً وقضاء وانتهت فقهاً ، فهى تشترك مع القانون الرومانى فى النهاية وتختلف عنه فى البداية . وقد يكون الخلاف فى البداية راجعاً إلى أن الفقه الإسلامى وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونيا متماسكا ، دعامته الكتاب والسنة ، فى حاجة إلى تفسير فقهى . أما القانون الرومانى ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لا بد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانونى الذى يفسره الفقه .

والقضاء كان أبعد أثراً فى تكوين القانون الرومانى منه فى تكوين الشريعة الإسلامية .

أما الفقه فأثره فى تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الإسلامى الفقه الرومانى فى أنه بدأ بمدرستين ، وتكوّن فى نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام ختموا العهد الخصيب فى تكوين الفقه ، هم أئمة المذاهب فى الفقه الإسلامى ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون فى الفقه الرومانى . ولكن يلاحظ أن الفقه الإسلامى بقى زاهراً بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ، ولم يكن الأمر كذلك فى الفقه الرومانى .

---

(١) ولما كان الإجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مر بنا (وبتدخل فى الرأى والقياس ، إذ ليس هذان إلا فقهاً وقضاء) ، فإنه من المستطاع أن يكون الإجماع منظما للتشريع أيضاً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . فالإجماع إذن يأتى بعد الكتاب والسنة ؛ (وهما بمثابة دستور للشريعة الإسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع .

(ثانياً) لم تسلك الشريعة الإسلامية فى نموها الطريق الذى سلكه الفقه الرومانى ، فإن هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونما وازدهر من طريق الدعوى والإجراءات الشكلية ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت كتاباً منزلا ووحياً من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطق والأحكام الموضوعية[١] . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الرومانى (فى القانون البريطورى وقانون الشعوب) ، وقابل ذلك فى الشريعة الإسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وإن كانت أقل إمعاناً فى التوغل وأضعف أثراً . وفقهاء المسلمين ، كفقهاء الرومان ، شادوا الشريعة الإسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ إلا فى القليل النادر (كما فى الأشباه والنظائر) ، إلا أن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم ، باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هى أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

§ ٣ — القانون الانجليزى

١١٣ — يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الإنجليزى ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه فى تكوينه ضئيل كهذا القانون . وقد يعلل ذلك بالاعتبارات الآتية :

---

(١) على أن كل مصادر الشريعة الإسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففى الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفى السنة هذا أيضاً ، على أن السنة لم تتحدد إلا فى القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبى عليه الصلاة والسلام مما أدخل فى السنة عنصراً كبيراً من المرونة (انظر لامبير فى القانون المقارن ص ٣٢٠) ، وفى الإجماع تطور ، إذ أن الإجماع ينسخ الإجماع ، وفى القياس (أى الرأى والفقه والقضاء) تطور ، ولا أدل على ذلك من مذهبى الشافعى العراقى والمصرى .

(١) لم يتأثر الإنجليز بالقانون الرومانى إلا إلى حد محدود ، ولم يكن عندهم قانون سماوى يكون أساساً لحركة فقهية كما تم ذلك فى الشريعة الإسلامية .

(٢) لم يكن أمام الإنجليز إذن غير العادات السكسونية والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم . وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فإن القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فيتلمس الناس التقرير الرسمى لهذه العادات فى قضاء المحاكم .

(٣) وللعقلية الإنجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدراً للقانون . فهى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقى وتسكن إلى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه إذن نصيب فى تكوين القانون الإنجليزى ولا سيما فى العصور السالفة ، وإذا وجد فى العصور الحديثة بعض فقهاء من الإنجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ، ففى الماضى لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تغلبت فيها الصبغة العملية .

فالقضاء هو الذى كوّن القانون الإنجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء إلا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الإنجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناسَ بالسوابق القضائية ، وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس يألفون احترام أحكامه ، وتدرج فى هذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الإنجليزى إلى ثلاثة عهود :

١١٤ — العهد الأول :

من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من القرن الحادى عشر إلى قيام محاكم « العدالة » فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون

محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة إلى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الإنجليزى ، فإنها وحدت العادات المتضاربة المختلفة فى البلاد الإنجليزية وصاغت هذه العادات مبادئ القانون الإنجليزى المعروف باسم « القانون العام Common Law » . « فالقانون العام » إذن أساسه العادات القديمة ، ولكن القضاء الإنجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانوناً قابلا للتطبيق .

وقد انقسمت الآراء فى تحديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » . فريق (على رأسه هيل و بلاكستون) يرى أن القاضى لم يصنع « القانون العام » بل إن هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقررها قانوناً . ويذهب فريق آخر (على رأسه أوستن ودايسى) إلى أن القاضى هو الذى صنع « القانون العام » ، وأن العادات ليست إلا مصدراً تاريخيا للقواعد القانونية لا مصدراً رسميا لها . ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجعل « للقانون العام » الإنجليزى مصدرين : العادات والقضاء . فتارة كان القاضى يرى أمامه عادات موجودة وما عليه إلا أن يطبقها ، فهو فى هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه . وطوراً كان يتفقد القاعدة القانونية ، فلا يجدها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها ، وهو فى هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

١١٥ — العهد الثانى :

من وقت قيام محاكم « العدالة » فى القرن الرابع عشر ، حتى وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » فى أواخر القرن التاسع عشر .

والسبب فى قيام « محاكم العدالة » هذه أن « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والأشكال ، بطىء التطور . فأنشأ « مستشار الملك » ديواناً ينظر فى المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » . وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم (Court of chancery) تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال[1] . وصارت الأحكام التى تصدرها « محاكم العدالة » سوابق قضائية (Case Law) ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها فى القضايا المماثلة .

« فمحاكم العدالة » هى التى خلقت إذن « قانون العدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذى ورد فى « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك فى أن « قانون العدالة » هو من وضع القضاء .

١١٦ — العهد الثالث :

من وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » إلى وقتنا هذا .

رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانوناً مستقلا إلى جانب «القانون العام» له محاكم تطبقه ومؤلفات تشرحه . وبقى ينافس « القانون العام » حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » ، وأصبحت القاعدة إذن أن « القانون العام » لا ينفذ إلا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » ، وفى هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادئ العدالة » . وقد تم

---

(١) انظر فى بعض الأمثلة كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية فى « نصيب القاضى فى صنع القانون الإنجليزى وفى صنع الشريعة الإسلامية » ، باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ ، ص ١٠٦.

تسجيل هذا الظفر فى أواخر القرن التاسع عشر ، إذ صدر قانون فى سنى ١٨٧٣ — ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ، ويخلق منها نظاماً واحداً يطبق « القانون العام » فى النواحى التى لم يدخل عليها « قانون العدالة » تعديلا ، وإلا فقانون العدالة هو الذى يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة »[1] وصار قانونا واحداً هو فى الواقع من صنع القضاء .

المطلب الثانى

الفقه والقضاء فى القوانين الحديثة

١١٧ — نزعتان مختلفتان فى القوانين الحديثة :

أما فى القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان فى القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الإنجليزى ، فى بريطانيا وأمريكا واستراليا وجنوب أفريقيا والهند وغيرها من البلاد . وهى لا تقيم للفقه وزناً كبيراً ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

والنزعة الرومانية تتجلى فى البلاد الجرمانية كألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ، وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدراً رسمياً للقانون[2] ولكنها تعنى به فتجعله مصدراً تفسيرياً هاماً . أما الفقه فيرتفع عندها إلى مكانة تدانى مكانة القضاء ، فهو إذا لم يكن مصدراً رسمياً للقانون فإن له

(١) كما امتزج القانون المدنى بالقانون البريطورى فى القانون الرومانى .

(٢) على أنه يوجد نص فى القانون السويسرى يقضى بأن القاضى إذا لم يجد نصاً فى القانون ينطبق على القضية التى أمامه ، يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب إليه أن يضع القاعدة القانونية التى تنطبق على القضية . لكن تعريعه لا يتجاوز هذه القضية بالذات .

شأناً كبيراً كمصدر تفسيرى . فالفقه والقضاء فى هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان ، وإن كان البعض يعتبر القضاء مصدراً رسمياً ، كما سنرى .

ونختار القانون الإنجليزى ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسى ممثلا للنزعة الرومانية ، ونتبع ذلك ببيان نصيب الفقه والقضاء فى تكوين القانون المصرى .

§ ١ — النزعة السكسونية

١١٨ — الفقه والقضاء فى القانون الإنجليزى الحديث :

أما الفقه فلا شأن له فى تكوين القانون الإنجليزى كما رأينا ، وإن كان هناك من الشواهد ما يدل على أن رجال القانون فى انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه ، فإن التوسع فى تدريس القانون فى الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض إلى دراسة القانون دراسة فقهية . ومن أشهر فقهاء الإنجليز فى هذا العصر الحديث بولوك ودايسى وهولند وأنسون ، ولكن الفقيه لا يزال بعيداً عن التأثير فى القانون الإنجليزى ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الإنجليزى من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

ولا شأن لنا بالمشرع هنا ، وإنما الذى يهمنا هو القاضى . فقد قدمنا أن « القانون العام » و « قانون العدالة » امتزجا وصارا قانوناً واحداً تطبقه المحاكم الإنجليزية على اختلاف درجاتها . وعلى رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الإنجليزية ، وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانوناً يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة ، وتلتزم بتطبيقه محاكم أول

درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه (ولا يمكن العدول عنه إلا بسن قانون) . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول درجة باعتباره قانوناً يجب تطبيقه فى القضايا المتماثلة ، أما قضاء المحاكم الدنيا بالنسبة للمحاكم العليا فإنه ملزم لا تجوز مخالفته إلا إذا توافر شرطان : (الشرط الأول) أن يأتى هذا القضاء مخالفاً للقانون أو العدالة ، (الشرط الثانى) ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا يطمئن الناس إلى استقراره ويجرون فى تعاملهم على مقتضاه[1] .

ونرى من ذلك إلى أى حد وصل احترام القضاء فى القانون الإنجليزى ، وكيف أن المحاكم الإنجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانوناً ملزماً .

ولما كان القضاء الإنجليزى على هذا القدر من الأهمية ، فقد جمعت السوابق القضائية فى مجلدات ضخمة (Law Reports) يرجع إليها رجل القانون فى انجلترا ، كما يرجع رجل القانون فى فرنسا إلى نصوص التقنينات الفرنسية . وترجع هذه السوابق القضائية فى القدم إلى القرن الثالث عشر .

§ ٢ — النزعة الرومانية

١١٩ — الفقه والقضاء فى القانون الفرنسى الحديث :

للفقه فى القانون الفرنسى مكانة أعظم بكثير من مكانة الفقه فى القانون الإنجليزى ، أما القضاء فمكانته فى القانون الأول تقل عن مكانته فى القانون

---

(١) أما قضاء المحاكم الأخرى ، كالمحاكم الإرلندية والمحاكم الأمريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الإنجليزية ، وإنما تستأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع فى البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم أول درجة لا يكون ملزماً إلا فى المبادئ التى يكون تقريرها ضرورياً للفصل فى الأقضية التى ورد فيها هذا القضاء . أما المبادئ القانونية التى يقررها القضاء على سبيل التبسط والتوسع ، فهى غير ملزمة . انظر فى القضاء الإنجليزى سالموند فى علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ — ١٧٨ .

الثانى . فهذا الارتفاع فى مكانة الفقه ، وهـذا النزول فى مكانة القضاء يقرب الشقة بينهما و يجعلهما متدانيى الأثر فى القانون الفرنسى . والفقه والقضاء — على الرأى الراجح — كلاهما مصدر تفسيرى فى القـانون الفرنسى الحديث ، وليسا بمصدرين رسميين كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، وكما هو الحال فى القانون الإنجليزى بالنسبة للقضاء .

١٢٠ — القضاء :

و إذا كان القضاء فى فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئاً فشيئاً وقد اقترب منه الفقه ، فتارة يقتفى أثره ، وطوراً يسير فى طليعته ، فإنه لا يزال من الناحيـة النظرية معادلا للفقه من حيث أنه مصدر تفسيرى لا مصدر رسمى ، وإن كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه فى أن أحكامه هى التى تنفذ على للتقاضين . على أن السوابق القضائية (Précédents) فى فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر فى انجلترا على ما قدمناه . وكثيراً ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض فى أحكامها ، بل كثيراً ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادئ التى قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزماً إلا فى حالة واحدة بأن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال الدعوى إلى محكمة استئنافية غير المحكمة الاستئنافية التى أصدرت الحـكم ، فتقضى فيها مخالفة محكمة النقض ، فإن رفع نقض آخر عن الحـكم الثانى لنفس الأسباب الأولى ، فإن محكمة النقض والإبرام تقضى بدوائرها مجتمعة « Toutes Chambres Réunies » فى هذا النقض ، فإن قضت بنقض الحـكم الثانى لنفس الأسباب التى نقضت من أجلها الحـكم الأول ، فإنها تحيل الدعوى إلى محكمة ثالثة من محاكم الاستئناف ، وفى هذه الحالة

تلتزم هذه المحكمة بتطبيق المبدأ الذى قررته محكمة النقض . على أن هذا الإلزام مقصور على قضية معينة بالذات لا يتجاوزها إلى القضايا المماثلة .

على أن الفرنسيين حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء قانوناً ملزماً احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظيفتها أن تشرع ، بل هى تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . كما أن المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى تحرم على القضاة أن يضعوا للفصل فى إحدى القضايا مبدأ عاماً يطبق فى القضايا المتماثلة (It est défendu aux juges de prononcer par voie de desposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises.) ، وقد كان هذا الحق ثابتاً للمحاكم الفرنسية القديمة التى كانت تدعى « بالبرلمانات » ، ثم نزع هذا الحق من المحاكم حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية فى وقت واحد .

١٢١ — رأى ثالث :

بالرغم من مبدأ الفصل بين السلطات ، ومن المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى ، فثمة من يقول من الفقهاء بأن القضاء مصدر من مصادر القانون ، تأسيساً على ما أوجده القضاء من قواعد قانونية ، تلك القواعد التى استقرت بفضل محكمة النقض ، وصار لها من الاحترام ما لم ير معه المشرع حاجة لأن يضمن ما انتهى إليه من رأى فى تشريعات ، مسلماً بما جرى به القول من أن القضاء يصنع القانون (La Juris prudence fait la loi)

لكن ألا يمكن القول بأن تلك القواعد القانونية التى توصف بأنها من عمل القضاء إنما تستمد وجودها فى حقيقة الأمر من التشريع الذى تقوم المحاكم على تفسيره وتطبيقه ؟ مثل هذا الاعتراض إن صح فى الحالات التى لا يكون التشريع فيها واضحاً ، فلا يمكن أن ينهض فى حالات كالآتية :

فقد لا يكون هناك نص أصلاً ؛ كما هو الحال بالنسبة للملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وكما هو الحال بالنسبة للتعسف فى استعمال الحق وفى نظرية التهديد المالى (les astreintes) (يلاحظ بالنسبة للحالتين الأخيرتين أن هذا يصدق بالنسبة للتشريع المدنى الملغى) .

كما أن القضاء قد يخالف أحياناً النص الصريح ، كما فعل فى مصر عند ما قضت المحاكم المختلطة بأن القسمة كاشفة أو مقررة للحقوق لا منشئة لها ، وذلك رغم صراحة المادة ٥٥٥ مدنى مختلط التى تعتبر القسمة بيعا بين الشركاء ، أى منشئة للحقوق ، وكما حدث بالنسبة للمادة ١٢٣ مدنى أهلى (قانون قديم) ، عند ما قضى بتعديل الشرط الجزائى رغم صراحة المادة التى تقضى بأنه لا يجوز الحكم بأقل منه أو بأكثر .

فكيف يسوغ بعد هذا أن يوصف عمل القضاء بأنه تفسير وتطبيق للتشريع ليس إلا ؟ الحق أن عمل القضاء فى هذا المجال عمل إنشائى ، ومن ثم فهو خليق بأن يكون من بين مصادر القانون .

بقى اعتراض ثان يتلخص فى أنه ما دامت أحكام المحاكم (فى فرنسا ومصر) لا تلزم المحكمة التى أصدرتها فيما قد تصدره من أحكام فى القضايا المماثلة ، فضلا عن عدم إلزامها للمحاكم التى هى أدنى منها ، فكيف يستقيم مع هذا قول القائلين بأن القضاء مصدر من مصادر القانون ؟ على هذا الاعتراض يرد أنصار هذا الرأى الثانى بقولهم إن القاضى ولو أنه ليس ملزماً قانونا برأى المحاكم العليا ، كمحكمة النقض ، إلا أن تلك الأحكام موضع تقدير واحترام كبير لدى قضاة الدرجات الأدنى ، والذين قد تساورهم الخشية من نقض أحكامهم أمامها ، ولذا فهم يسيرون وفق ما تقرره . ومن هذا يبدو أن قضاء المحكمة العليا ملزم ؛ وهذا الإلزام و إن تحقق من الناحية العملية دون الناحية القانونية ، فإنه كاف لأن يجعل القضاء من بين مصادر القانون .

١٢٢ — الرد على هذا الرأى :

هذا هو مجمل الرأى الثانى ، لكننا نستطيع أن نرد عليه بما يأتى :

أولا — أن القاضى ، عند عدم النص ، إنما يتلمس حل النزاع المعروض أمامه فى مصادر القانون الأخرى ، بما فيها العرف وقواعد العدالة — وقد رأينا أن بعض الأمثلة التى سقناها هنا باعتبار القضاء مصدرها قد قيلت فى معرض القانون الطبيعى وقواعد العدالة — فتكون هذه ، لا القضاء ، هى مصدر ما انتهى إليه القضاء من قواعد .

ثانيا — أن القضاء ، حتى فى الحالة التى يخالف فيها نصا تشريعيا ، نراه يحرص على أن يتلمس فى التشريع ذاته السند الذى يؤيده فى مسلكه المخالف للنص (فمثلا نراه يرد تعديله للشرط الجزائى إلى القاعدة المقررة فى التشريع من أن التعويض إنما يقدر بقدر الضرر) .

وأخيراً (وهو الأهم) — فما دمنا نسلم بأن السابقة القضائية ليست ملزمة قانونا (لا فى فرنسا ولا فى مصر) ، فلا يبقى إلا القول بأن القضاء إن هو إلا مصدر تفسيرى .

١٢٣ — مهمة محكمة النقض (Cour de Cassation) :

ومهما يكن الرأى فى شأن القضاء — فى غير البلاد الأنجلوسكسونية بداهة — من حيث إنه مصدر تفسيرى أومصدر رسمى ، فليس ثمة شك فى أن محكمة النقض ، وهى المحكمة العليا ، تؤدى فى الحالين رسالة جليلة ، وهذا يقتضينا أن نشير إلى دورها بإيجاز فيما يلى .

النزعة فى أغلب البلاد فى الوقت الحاضر هى فى أن تكون على رأس المحاكم محكمة عليا لتشرف على صحة تطبيق القانون ، ضمانا لحسن سير العدالة

ورغبة فى توحيد حكم القانون . وليس شيئا نادر الوقوع أن تختلف محاكم الاستئناف ، وهى غالبا متعددة ، فى تفسير نص قانونى غامض ، فترى إحداها رأياً مخالفاً لرأى الأخرى ، مما كان يؤدى إلى أن يخسر المتقاضى دعواه لمجرد أنها نظرت أمام محكمة بدل أخرى . وهذا موقف شاذ تأباه العدالة ، فضلا عما يثيره من شعور بأن حكم القانون ليس واحدا . من أجل ذلك اتجه الرأى فى كثير من البلاد (كفرنسا ومصر وغيرهما) إلى إنشاء محكمة للنقض ، وظيفتها الهيمنة على تطبيق القانون تطبيقا صحيحا ، وهذا يستتبع أن تتحقق العدالة و يتوحد حكم القانون فى ربوع البلد الواحد .

وعمل محكمة النقض ينحصر ، أو يجب أن ينحصر ، فى معرفة ما إذا كان الحكم المطعون فيه مطابقاً أو غير مطابق للقانون . فهى تحكم فى القانون ولا تتعرض لوقائع الدعوى ، إذ هى ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى . ومعنى ذلك أن محكمة النقض يجب أن تسلم بوقائع الدعوى كما أثبتها قاضى الموضوع المطعون فى حكمه ، وعليها أن تنظر فيما إذا كان هذا القاضى قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقاً صحيحاً أم لا . فإن رأت أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً رفضت الطعن ، و إلا فإنها تقبل الطعن وتحيل الدعوى إلى محكمة موضوعية (ذات المحكمة كما فى مصر أو محكمة استئناف أخرى كما فى فرنسا) ، إذ ليس لها أن تفصل فى وقائع النزاع .

١٢٤ — الفرق ما بين الوقائع والقانون :

وحتى يكون ما قدمنا واضحاً بعض الشىء ، ينبغى أن نشير باختصار تام إلى الفرق ما بين الوقائع والقانون :

المنازعات التى ترفع إلى المحاكم على نوعين ؛ إما أن تكون متعلقة بوقائع الدعوى ، و إما أن تكون متعلقة بالقانون و بيان حكمه (وقد يكون النزاع قائماً

على الوقائع والقانون معاً) . مثل ذلك هل التدليس (وهذا مثل مستق من القانون القديم) الذى يقع من شخص ليس طرفاً فى التعاقد يبطل التعاقد أو لا يبطله ، فهـذا خلاف على القانون . أما إذا كان النزاع قائما حول وقوع التدليس وعدم وقوعه ، فإنه يكون خلافاً على الوقائع . ومثل ذلك هل يجيز القانون أو لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود فى مسألة معينة ، فهو خلاف على القانون ، أما كون شهادة الشهود مطابقة للحقيقة أو غير مطابقة لها ، فو خلاف على الوقائع . ومثل ذلك هل استكمل العرف الركن المادى أم لا ، فهذا خلاف على الوقائع ، أما إذا كان الخلاف يدور حول الركن المعنوى (الإلزام) فهو خلاف على القانون ، وهكذا

وللتمييز بين الوقائع والقانون أهميـة كبرى فيما يتعلق برقابة محكمة النقض . فمتى قيل بأن نزاعاً يدور حول وقائع الدعوى (أو بموضوع الدعوى كما يقال أحيانا) ، كان حكم محكمة الموضوع نهائياً فيما قرره بالنسبة لتلك الوقائع وخرج عن رقابة محكمة النقض عليه ، بخلاف ما إذا كان النزاع يدور حول صحة تطبيق القانون على تلك الوقائع ، فهذا هو الذى يدخل تحت رقابتها .

على أنه يجب القول فى النهاية بأن تعيين الحد الفاصل بين ما يدخل فى نطاق الوقائع وما يدخل فى نطاق القانون كثيرا ما يدق ، وكثيرا ما يكون موضع خلاف فى الرأى .

١٢٥ — الفقه :

وكذلك الفقه فى فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد فى القانون الفرنسى الحديث ، كما وجد فى القانون الرومانى ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما أن الفقهاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصـدراً رسميا للقانون كما كان شأن الاجتهاد فى الشريعة الإسلامية . فمهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه

ملزماً للقضاء ، وإذن فلم يعد الفقه مصدراً من مصادر القانون ، وإنما يستأنس القاضي برأى الفقيـه ، وله أن يأخذ به أو لا يأخذ . فالفقيه فى القانون الفرنسى يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

١٣٦ — تعاون الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء فى فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العلمية والحاجات العملية . ثم إن الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزماً للفقه ، فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون وللرقابة . فالقاضى يتعاون مع الفقيه ويراقبه ، والفقيه يتعاون مع القاضى ويراقبه . ورأى كل منهما ، بل رأى كليهما لا يكون ملزماً باعتباره قانوناً ، وإن كان له من الوزن ما يسمح بالتأثير فى القانون تأثيراً عظيما . وكثيراً ما يكون الرأى الذى يجمع عليه الفقه والقضاء مصدراً تاريخيا للقانون وإن لم يكن مصدراً رسميا . وهذا التعاون ما بين الفقه والقضاء فى فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون . وقد قدمنا أن لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا ويجنب العيوب فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

على أن هذا التعاون ليس قديماً ، فقد كان الفقه والقضاء ، فى الجزء الأكبر من القرن التاسع عشر ، بعيدين أحدهما عن الآخر ، يعيش الفقه وحده بين جدران الجامعات بمعزل عن القضاء الذى تطبقه المحاكم . وقد نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار فقهاً خياليا بعيداً عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هى مدرسة « الشرح على المتون »[1] لا تعترف إلا بالنصوص التشريعية مصدراً للقانون . فالنصوص وحدها هى التى تتضمن القانون ، ويجب تفسير هذه

(١) انظر فقرة ٢٤ ص ٣٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

النصوص بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ، ولا يبالون بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ، ما دامت لم تدخل فى نطاق التشريع ، ولا يكترثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبماله من أثر فى النصوص التشريعية . فعندهم أن العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر ، إلى أن أصبح الفقه تعبيراً خياليا عن القانون ، وأصبحت دراسته فى الجامعات دراسة نظرية لا تمت بصلة إلى الحياة العمليـة . أما التعبير الحى عن القانون فيلتمس فى القضاء[1] . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون) واقتربوا من القضاء ، ونظروا إلى القانون وهو يطبق فى الحياة العملية ، فوجدوه شيئاً آخر غير القانون الذى يشرح فى الكتب ، وعرفوا أن القانون ليس محصوراً فى النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون ، على الفقه والقضاء أن يستنبطا منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونيـة . وقد كان القضاء بغريزته مدركا لهذه الحقيقة عاملا بمقتضاها ، فاقترب الفقه من القضاء ، وأخـذ فى التعاون على النحو الذى بيّناه .

---

(١) ولذلك لم يكن غريباً أن يصبح من التعبيرات الشائعة أن يقال (Le Palais) (أى المحكمة) (L' Ecole) (أى المدرسة) للتمييز بين القضاء والفقه .

§ ٣ — نصيب الفقه والقضاء فى تكوين القانون المصرى

١٢٧ — المصادر التاريخية للقانون المصرى :

القانون المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ؛ القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية ، المصدر الأول أخذ عنه المشرع المصرى قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائيـة وقوانين الإجراءات (المدنية والجنائية) . والمصدر الثانى أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية . إلا أنه يلاحظ أن القانون الفرنسى مصدر تاريخى للقانون المصرى ، أما الشريعة فهى مصدر رسمى ومصدر تاريخى .

١٢٨ — نصيب الفقه والقضاء فى تكوينه :

أما نصيب الفقـه والقضاء فى تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبهما فى تكوين الشريعة الإسلامية ، وقد تقدم بيان ذلك .

وكذلك نصيب الفقه والقضاء فى تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبهما فى تكوين القانون الفرنسى ؛ إلا أنه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصرى عندما وضع التقنين المدنى الجديد قد استبقى ما استقر من المبادئ والقواعد فى قضاء المحاكم المصرية ، هذه المحاكم التى كان لجهودها أبلغ الأثر فى علاج العيوب التى اتسم بها التقنين الملغى .

١٢٩ — الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

أما وقد وجد القانون المصرى ، وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينه هو القدر الذى ذكرناه ، فإن الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيرين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فلا الفقه ولا القضاء بملزم فى القانون المصرى ، فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هى المتغلبة فى مصر .

١٣٠ — الفقه والقضاء فى غير قوانين الأحوال الشخصية :

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا ، تستأنس بهما المحاكم الوطنية فى تفسير القانون ، فلها أن تأخذ بهما أو أن تدعهما كما تفعل المحاكم فى فرنسا .

وليس القضاء الوطنى ملزماً إلا فى حالة واحدة ، هى أن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، لتحكم فيه دائرة أخرى من دوائر المحكمة لا يكون فيها أحد من القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المنقوض ، ففى هذه الحالة يتحتم عليها أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة . وحكم محكمة النقض والإبرام ملزم فى هذه القضية بالذات دون غيرها ، كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

على أن المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيراً ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما رأينا ، فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيراً للقوانين المصرية . ثم إن الفقه

والقضاء فى مصر لا يزالان فى مراحلهما الأولى من التقدم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سريعا التأثر بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية فى كثير من الأحوال أن ترجع إلى الأصل دون التابع . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء فى حاجة إلى استكمال نضوجهما حتى يتمكنا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالفقه المصرى ليس له طابع شخصى ، ويكاد يكون تقليداً محضاً للفقه الفرنسى على وفرة المؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات فى القانون المصرى فى جميع فروعه ، وعلى اختلاف المؤلفين ، من مصريين وأجانب[1] .

---

(١) « ولسنا ننكر ما قام به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جليلة فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . إلا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا تبغى الدنو أبداً من الكمال ، ولا تزال المرحلة التى قطعناها ، على ما فيها من جهود ومشقة ، صغيرة إلى جنب المراحل التى بقى علينا أن نجتازها . وإذا كنا وقد وفقنا إلى تأدية الفقه الحديث فى لغة عربية صحيحة ، غير مضطربة ولا سقيمة ، فقد بقى أمامنا خطوتان أخريان أجل شأناً وأكبر خطراً . علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضاً ، يحتله الأجنبى ، والاحتلال هنا فرنسى ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتاً من أى احتلال آخر ، لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة فى سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن ... . ومن أهم الوسائل فى الوصول إلى ذلك ، العناية بالشريعة الإسلامية ، شريعة الشرق ، ووحى إلهامه ، وعصارة أذهان مفكريه نبتت فى صحرائه ، وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من نور الإسلام ، يلتقى عندها الشرق والاسلام ، فيضىء ذلك بنور هذا ، ويسرى فى هذا روح ذاك ، حتى ليمتزجان ويصيران شيئاً واحداً . هذه هى الشريعة الإسلامية ، لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها ، لكان لنا فى هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضىء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية فى القانون » . من الكلمة الافتتاحية لكتاب الأستاذ السنهورى : النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول « فى نظرية العقد » .

وكذلك القضاء المصرى فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء الفرنسى ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وإن كان قد وصل فى طريق الاستقلال إلى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه . لا سيما بعد أن أنشئت محكمة النقض ، وتهذبت المجموعات التى تنشر بها الأحكام القضائية .

على أن الفقه والقضاء فى مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل عن الآخر ، ولا صلة بينهما إلا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون فى بذلها الفقه والقضاء ، فإذا عنى القضاة بكتابة أحكامهم على أسس فقهية متينة ، و بنشر هذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا فى بيئة قضائية ، ولرجال القضاء أن يعيشوا فى بيئة فقهية ، فإن هذا الامتزاج لا شك محدث أكبر الأثر فى تهذيب كل من الفقه والقضاء .

١٣١ — الفقه والقضاء فى قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير فى تكوين الشريعة الإسلامية ، شريعة الأحوال الشخصية فى مصر ، فإنهما الآن فى مصر ليس إلا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما إلا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه إلا أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الأقضية التى تعرض على هـذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة فى نصوص تشريعية — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحنفى . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون فى مذهب واحد ، وفى قول من هذا المذهب ، فلا عجب إذا لم يكن للقضاء الشرعى

أثر كبير فى النهوض بالشريعة الإسلامية ، والأخذ بها فى طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة .

أما الفقه الشرعى فهو بعيد بعد القضاء عن التأثير فى الشريعة الإسلامية . وفقهاء الشريعة الإسلامية فى مصر فى العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وإن كان عند البعض نزعة إلى الاجتهاد . وإمام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الإمام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقة لروح العصر أثر كبير فى تنبيه الفقهاء إلى وجوب فتح باب الاجتهاد من جديد . على أن أحداً من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب إلى نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته إلى ذلك ، لما تأصل فى فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل إلى الأبد ، وفى هذا من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التى يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الإسلامية فضل كبير فى كتابة بعض أبواب الفقه الإسلامى ملخصاً فى أسلوب عصرى ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الإسلامية فى المعاهد الأزهرية ، وكثيراً ما يستعان بها فى المحاكم عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قدرى باشا هذه الأحكام ، واستعان فى ذلك بجهود بعض الفقهاء وكانت تقنيناته[1] هذه هى الأساس الذى بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الإشارة إليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء الهنود والمستشرقين ، فهى غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية فى مصر .

---

(١) وإن كان وصفها بتقنينات غير دقيق ، لأن التقنين يستلزم صدور قانون ، وهو ما لم يحصل هنا .

ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التى أشرنا إليها صدرت من علماء غير مختصين فى الفقه الإسلامى كالمرحوم قدرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ، ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما المعهد الأزهرى ، فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الإمام وتلاميذه الأعلام من متخرجيه ، ولكنه يحمل فى عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية ، وعليه أن يضطلع بهذه المسئولية الخطيرة فى الجيل الحاضر ، كما اضطلع بها فى الأجيال الماضية .

حاشـــية

نشير هنا إلى أهم المجموعات القضائية (وهى التى تدون فيها الأحكام التى تقرر مبدأ arrêts de principe أو التى لها أهمية خاصة) وإلى أشهر المؤلفات الفقهية نظراً للدور الهام الذى يقوم أو الذى يمكن أن يقوم به القضاء والفقه فى القانونين الفرنسى والمصرى .

أولا : فى القانون الفرنسى :

١ — المجموعات القضائية :

(١) دالوز الدورى Dalloz Périodique وهى مقسمة إلى خمسة أقسام : القسم الأول خاص بقضاء محكمة النقض ، والقسم الثانى خاص بالمحاكم الأخرى فرنسية كانت أو أجنبية ، والقسم الثالث خاص بالمحاكم الإدارية ، والرابع للقوانين الجديدة ، والخامس يحتوى على ملخصات لأحكام لم تنشر .

ويرمز لها بحرفى D. P. أو D. مصحوبا برقم السنة الميلادية التى صدرت فيها ، ثم رقم القسم ، ثم رقم الصحيفة التى بها الحكم المشار إليه ، فيقال : D. 1935-1-75 .

وهذا لغاية سنة ١٩٤١ . أما ابتداء من سنة ١٩٤١ ، فقد قسمت المجموعة إلى قسمين : المجموعة الانتقادية Recueil critique(D.C.) شهرية . والمجموعة التحليلية R. Analytique (D. A.) وفى القسم الأول من هذه المجموعة الأخيرة تنشر الأحكام جميعاً .

ومنذ سنة ١٩٤٥ اندمج القسمان فى مجموعة واحدة (D.) تظهر أسبوعيا . مقسمة إلى أربعة أقسام : ١ — الفقه ٢ — القضاء ٣ — ملخص القضاء ٤ — التشريع .

(٢) سيرى Sirey : وهى تشابه مجموعة دالوز ، ويختلف تقسيمها اختلافاً بسيطاً عن تقسيم دالوز . ويرمز لها كما يلى : S. 1935-1-75 .

هاتان المجموعتان هما أهم المجموعات القضائية الفرنسية ، وكثيراً ما يشار إليهما فى مصر .

ولكل من دالوز وسيرى تعليقات على القوانين المختلفة Codes Annotés مرتبة بحسب المواد ، وتحت كل مادة أهم الأحكام وأقوال الشراح . كما أن لهما هجائيات Répertoires تحتوى على كل ما قاله الفقه والقضاء مرتباً بحسب حروف الهجاء .

ب — المؤلفات الفقهية :

(١) فى القانون المدنى :

المطول Traité :

أوبرى ورو Aubry et Rau فى اثنى عشر جزءاً (وملحق دائم للأستاذ اسمان P. Esmein من سنة ١٩٠٠ — ١٩٣٦ .

بودرى لا كنتنرى وآخرون Baudry-Lacantinerie فى تسع وعشرين جزءاً ولها ملحق من ستة أجزاء أضافه الأستاذ بنكاز Bonnecase (سنة ١٩٠٥ — ١٩٠٨) .

بلانيول وريبير وآخرون Planiol et Ripert فى أربعة عشر جزءاً (من سنة ١٩٢٥ — ١٩٣٤) .

الموجز : Manuel

بلانيول وريبير Planiol et Ripert فى ثلاثة أجزاء ويشتمل على مقرر سنى دراسة الليسانس الثلاث ، وقد أعاد طبعه حديثاً الأستاذ بولانجيه Boulanger .

كولان وكابيتان Colin et Capitant فى ثلاثة أجزاء ويشتمل على مقرر سنى دراسة الليسانس الثلاث ، وقد أعاد طبعه حديثاً العميد دى لا موراندير Ye de la Morandiere .

چوسران Josserand فى ثلاثة أجزاء ويشتمل على مقرر سنى دراسة الليسانس الثلاث (طبعة سنة ١٩٣٨ ، وملحق سنة ١٩٣٩) .

المختصر : Précis

هيمار Hémard — الجزء الأول فقط سنة ١٩٤٣ .

داللوز Dalloz — مختصر القانون المدنى (عن الموجز فى القانون المدنى لكابيتان) فى ثلاثة أجزاء صغيرة .

(٢) فى القانون التجارى :

ليون كان ورينو	Leon Caen et Rénault
تالير	Thaller
لاكور	Lacour
ڤاهل	Wahl

(٣) فى قانون المرافعات :

جارسونيه وسيزار برى	Garsonnet et César-Bru
جلاسون	Glasson
كوش	Cuche
موريل	Morel

(٤) فى قانون العقوبات :

جارو	Garraud
جارسون	Garçon
شوڤو وفستان هيلى	Chanvau et Faustin-Héle

(٥) فى قانون تحقيق الجنايات :

جارو	Garraud (R) et Garraud (P)
فستان هيلى	Faustin-Hélie

(٦) فى القانون الدستورى :

ديجى	Duguit
بارتلمى ودويز	Barthélemy et Duez
هريو	Hauriou

(٧) فى القانون الإدارى :

هريو	Hauriou
برتلمى	Berthélemy

(٨) فى القانون المالى :

بوكار وجيز	Boucard et Jèze
أليكس	Allix

(٩) فى القانون الدولى الخاص :

نبوابيه	Niboyet
برتان	Bartin
ڤايس	Weiss
باتيفول	Batiffol

(١٠) فى القانون الدولى العام :

فوشى	Fauchille
لاپرادل ونبوابيه	Lapradelle et Niboyet
سيل	Scelle
روسو	Rousseau

حـ — المجلات القانونية Revues :

وتوجد فى فرنسا مجلات عدة تنشر الكثير من الأبحاث القانونية وأهمها :

المجلة الفصلية للقانون المدنى Revue Tremestrielle de Droit Civil

المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء

Reuve Critipue de législation et de Jurisprudence.

مجلة جمعية التشريع المقارن

Bulletin de la Société de Législation Comparée.

مجلة القانون التجارى — Annales de Droit Commercial

مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن

Revue de Droit International et de Législation Comparée.

المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص

Revue critique de Droit international privé.

القانون المصرى :

(١) القانون المختلط :

المجموعات القضائية أهمها :

مجموعة التشريع والقضاء — Bulltin de Législation et de Jurisprudence

ويرمز لها B. L. J. أو B ، ثم السنة بالنسبة لسنى صدورها ، ثم الصحيفة ، فيقال B — ١٥ — ٣٥ أى مجموعة التشريع والقضاء السنة الخامسة عشرة ص ٣٥ .

المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة — Recueil Officiel

ويرمز لها R. C.

جازيت المحاكم المختلطة — Gazette des Tribunaux Mixtes

ويرمز لها G.

وهناك تعليقات على القوانين المختلطة أهمها :

تعليقات بوريللى على القوانين المختلطة .

تعليقات بالاجى على قانون المرافعات المختلط .

تعليقات بسطوروس على القانون المدنى المختلط .

ب — المؤلفات الفقهية :

أما المؤلفات الفقهية الخاصة بالقانون المختلط فقليلة أهمها :

كتاب الأستاذ مسينا Messina فى شرح القانون المدنى .

كتاب الأستاذ عبد الفتاح بك السيد بالاشتراك مع الأستاذ دسرتو Desserteux فى الأوراق التجارية والإفلاس .

كتاب الدكتور محمد كامل أمين ملش بالاشتراك مع الأستاذ ڤاهل Wahl فى القانون التجارى .

(٢) القانون الأهلى :

ا — المجموعات القضائية أهمها :

المجموعة الرسمية ، ويرمز لها عادة مج .

مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض (مجموعة عمر)

المحاماة .

مجلة القانون والاقتصاد (وتغلب عليها الناحية الفقهية) .

مجلة التشريع والقضاء .

وهناك تعليقات أهمها :

تعليقات جلاد على القوانين الأهلية (١٩٠٨ ، ١٩٠٩) .

تعليقات محمد عبد الهادى الجندى بك على قانون العقوبات الأهلى (١٩٢٣) .

مرجع القضاء للأستاذ عبد العزيز ناصر (١٩٣٣) .

ب — المؤلفات الفقهية[1] :

كثرت المؤلفات الفقهية ولا سيما فى السنين الأخيرة حتى شملت كل فروع

---

(١) هذا عدا الرسائل العديدة التى تقدم بها المصريون للحصول على إجازة الدكتوراه ، سواء فى فرنسا أو فى مصر .

القانون ، وبعض المؤلفات يمكن اعتباره من الموسوعات ، وسنشير إلى أهمها[1] :

(١) فى القانون المدنى .

شرح القانون المدنى للأستاذ أحمد فتحى زغلول باشا .

شرح القوانين المدنية للأستاذ هالتون Halton .

الالتزامات للأستاذ والتون Walton (من جزءين) .

الالتزامات للأستاذ عبد السلام ذهنى بك .

الالتزامات للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا (ظهر منه جزء « فى العقد » من أربعة أجزاء) .

الموجز فى الالتزامات للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا .

نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت .

البيع للأستاذ أحمد نجيب الهلالى باشا .

البيع للأستاذ محمد حلمى عيسى باشا .

الإيجار للأستاذ عبد الرزاق السنهورى باشا .

العقود الصغيرة للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

العقود المدنية الصغيرة للأستاذ محمد على عرفة .

الملكية والحقوق العينية للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

الأموال للأستاذ محمد كامل مرسى باشا (موجز) .

الأموال للأستاذ عبد السلام ذهنى بك .

التأمينات للأستاذ محمد كامل مرسى باشا .

الإثبات للأستاذ أحمد نشأت بك .

---

(١) وقد يقع أن نسهو عن ذكر بعضها ، إذ ليس مقصودنا حصرها .

(٢) فى قانون المرافعات :

المرافعات المدنية والتجارية للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك .

طرق التنفيذ والتحفظ للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك .

التنفيذ علماً وعملاً للأستاذين أحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك .

المرافعات المدنية والتنفيذ (جزءان) للأستاذ محمد العشماوى باشا

المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ محمد حامد فهمى .

تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية للأستاذ محمد حامد فهمى .

النقض فى المواد المدنية والتجارية للأستاذين حامد باشا فهمى ومحمد حامد فهمى .

(٣) فى القانون التجارى :

شرح القانون التجارى المصرى للأستاذ محمد صالح بك (جزءان) .

القانون التجارى للأستاذ محسن شفيق .

شرح القانون التجارى للأستاذ عبد السلام ذهنى بك .

الأوراق التجارية والإفلاس للأستاذ عبد الفتاح بك السيد .

(٤) فى قانون العقوبات :

شرح القسم العام :

للأستاذ أحمد صفوت بك .

للأستاذين محمد كامل مرسى باشا والسعيد مصطفى السعيد بك .

للأستاذ على بدوى بك .

للأستاذ على أحمد راشد

شرح القسم الخاص :

للمرحوم الأستاذ أحمد أمين بك .

(٥) فى قانون تحقيق الجنايات .

للأستاذ على زكى العرابى باشا .

للأستاذ أحمد نشأت بك .

للأستاذ محمد مصطفى القللى بك .

(٦) فى القانون الدستورى :

للأستاذين مصطفى الصادق بك ووايت إبراهيم .

للأستاذين وايت إبراهيم ووحيد رأفت .

للدكتور السيد صبرى .

للدكتور عثمان خليل .

(٧) فى القانون الدولى الخاص :

للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك .

للمرحوم الأستاذ على الزينى بك .

للمرحوم الأستاذ محمد عبد المنعم رياض بك .

للأستاذ حامد زكى .

(٨) فى القانون الدولى العام :

للأستاذ على ماهر باشا .

للأستاذ محمود سامى جنينة بك .

حـ — المجلات أهمها :

القانون والاقتصاد .

المحاماة .

مجلة التشريع والقضاء .

(٣) فى الشريعة الإسلامية :

ا — المجموعات القضائية

مجلة المحاماة الشرعية .

ب — المؤلفات الفقهية :

للمرحوم الأستاذ الشيخ محمد زيد الأبيانى بك .

للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد أبو الفتح بك .

للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك .

للأستاذ الشيخ على الخفيف .

للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة .

الفصل الثانى

التشريع

Législation

---

١٣٢ — التعريف :

التشريع هو وضع القواعد القانونية فى نصوص بواسطة السلطة صاحبة التشريع فى البلاد ، سواء كانت هذه السلطة حاكماً مستبدا أو هيئة نيابية يقف إلى جانبها رئيس الدولة .

وإذا كان التشريع يتناول الآن دائرة واسعة من الروابط الاجتماعية ، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه فى فاتحة كلامنا عنه ، أن المشرع لا يخلق القانون كما قد يتوهم ، وإنما هو يستمد مادة تشريعه من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية ، ومن عادات الناس ، ومن معتقداتهم ، ومن المثل العليا التى يتوخاها طبقاً لمدنية عصره . وكل ما يفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التى استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة فى ألفاظ من عنده ، ويعطى للقانون قوة ملزمة .

ويلاحظ أن وضع القاعدة القانونية فى ألفاظ هو ما يميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى ، التى هى مصدر للفظ والمعنى معاً .

١٣٣ — أهمية التشريع فى الوقت الحاضر :

إذا كانت العصور القديمة هى عصور العرف والدين ، فإن العصر الحديث ،

هو عصر التشريع[١] . فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث ، والهيئة التشريعية فى الدول الحديثة أكثر ما تكون عملا وأشد ما تكون نشاطا ، وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذى تزايدت به أهمية التشريع .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع إلى عوامل مختلفة منها :

(أولا) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة، كما كان الأمر فى العصور الوسطى ، إذ كان النبلاء فى العهد الإقطاعى ، وكانت الكنيسة فى العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها .

(ثانيا) تفشى الديموقراطية التى ترمى إلى الفصل بين السلطات ، مما جعل فى الدولة هيئة معدة للتشريع هى فى نشاط متزايد .

(ثالثا) النزعة الحديثة إلى الاشتراكية ، أى إلى تدخل الدولة فى شؤون الأفراد لتنظيمها فيما يعود على المجتمع بالفائدة ، وليس لدى الدولة وسيلة إلى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون ، كالتعليم ومسائل العمال وإسعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلا من شئون الأفراد الخاصة ، وهى اليوم تعتبر من مهام الدولة الأساسية ، تصدر فيها التشريع تلو التشريع ، وقد سبقت الإشارة إلى هذه النزعة[٢] .

---

(١) ولا يفهم من ذلك أن التشريع لم يكن معروفاً فى العصور القديمة ، بل كان له وجود وإن كان أثره ضئيلا . فقد كان معروفاً عند قدماء المصريين وعند الرومان (أوامر الملك فى عهد الملكية وأوامر الإمبراطور فى عهد الإمبراطورية) . وفى العصور الوسطى كاد التشريع يختفى ، بسبب تغلب الكنيسة على السلطة الزمنية . ولما تقوت الحكومات وتحررت من سلطان الكنيسة ، بدأت تسن القوانين . على أن التشريع لم يأخذ مكان الصدر بين مصادر القانون إلا منذ الثورة الفرنسية ، ومنذ ذلك الوقت وأهمية التشريع فى ازدياد .

(٢) المذهب الاشتراكى ص ٢٣ .

١٣٤ — مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى :

للتشريع مزايا كثيرة إذا ما قورن بالمصادر الأخرى ، التى سبق عرضها ، وهى مزايا تبرر بحق ما بلغه التشريع من منزلة رفيعة فى الوقت الحاضر ، نذكر منها :

(أولا) سهولة التشريع من حيث سنه وإلغائه ، ومن حيث الرجوع إليه . فمن حيث سنه وإلغائه ، يستطيع المشرع بجرة قلم أن يسن تشريعاً صالحاً وأن ينسخ تشريعاً فاسداً . أما العرف وغيره من المصادر الأخرى ، فبطيئة فى تطورها ، وهى إذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

(ثانيا) القانون الذى يكون مصدره العرف أو القضاء ، لا يكاد يعرف إلا وقت تطبيقه ، ومن ثم يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضى .

(ثالثا) التشريع يضع قواعد عامة ، أما القضاء وغيره من المصادر فقواعدها تنصرف فى أكثر الأحوال إلى مسائل تفصيلية دون أن تسمو إلى دائرة القواعد العامة .

(رابعا) بفضل التشريع يسهل توحيد البلد الواحد تشريعيا ، ومن ثم يسودها قانون واحد تخضع له من أقصاها إلى أقصاها .

١٣٥ — كلمة فى منهج دراسة هذا الفصل :

نقسم هذا الفصل إلى المباحث الأربعة الآتية :

المبحث الأول : فى سن التشريع (فرع أول) ، وفى التقنين (فرع ثان) .

المبحث الثانى : فى تطبيق التشريع ، وهو ينقسم كذلك إلى فرعين : الفرع الأول ، فى تطبيق التشريع من حيث المكان والأشخاص ، والفرع الثانى فى تطبيق التشريع من حيث الزمان .

المبحث الثالث : فى تفسير التشريع .

المبحث الرابع : فى إلغاء التشريع .

وبهذا الترتيب نكون قد تتبعنا التشريع فى مراحل تكوينه ، وهـذا هو سن التشريع ، والتقنين (أو عمل المدونات) وإن لم يخرج عن أن يكون تشريعاً إلا أن ماله من أهمية وخطر اقتضى أن نفرد له بحثا خاصا ، ثم تعقبنا التشريع فى أدوار حياته ؛ من حيث مدى سريانه فى المكان ، وفى الزمان ، وكيفية تفسيره حتى يمكن تطبيقـه على المنازعات التى تثور أمام القضاء ، إلى أن تنتهى حياته بالإلغاء .

والترتيب الذى اتبعناه ، والذى اقتضى إدماج مسائل — وهى الخاصة بتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان والتفسـير والإلغاء — جرى كثير من الكتاب على معالجتها بعد الانتهاء من دراسة مصادر القانون كلها ، إنما يرجع إلى أن هـذه المسائل لا تكاد تتصل بغير التشريع . ومتى كان الأمر كذلك ، فالأولى دراستها فى التشريع حتى تتضح هذه الحقيقة وحتى يظهر ما بين أجزاء الموضوع الواحد من ترابط .

المبحث الأول

سن التشريع والتقنين

الفـــرع الأول

سن التشريع

Confection des Lois

نقسم هذا الفرع إلى المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول : المبادئ العـامة فى سن التشريع .

المطلب الثانى : المراحل المختلفة فى سن التشريع .

المطلب الثالث : سن التشريع فى مصر .

المطلب الأول

المبادئ العامة فى سن التشريع

---

١٣٦ — الهيئة التى تسن التشريع :

يوكل سن التشريع إلى هيئة هى الهيئة التشريعية (Pouvoir Législatif) . والهيئة التشريعية فى كل دولة يحددها دستورها ، وهى تارة تكون فرداً مستبداً كما فى الملكية المطلقة ، وطوراً تكون مجلساً أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (إمبراطوراً كان أو ملكا أو رئيس جمهورية) .

١٣٧ — تدرج التشريع :

والتشريع أنواع متدرجة . ففى القمة التشريع الدستورى (الدستور-Constit-ution) ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية (القانون Loi) ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية (اللوائح والقرارات — Rég-lements et Arrétés) .

فالتشريع الدستورى هو التشريع الأساسى الذى يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها بالبعض الآخر .

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو كل ما يصدر من قوانين لتنظيم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون هذه القوانين خاضعة للدستور وفى حدود

الدائرة التى رسمها لها . فالتشريع الذى يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعاً باطلاً .

والتشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية هو تشريع تفصيلى يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض[١] من هـذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التى تصدر من هيئات تنفيذية يفوض إليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة فى التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية . ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى . فلا يجوز أن يصطدم التشريع الفرعى مع التشريع الرئيسى ، وإلا كان باطلا .

١٣٨ — رقابة القضاء على التشريع (Règle de la Constitulionnalité):

إذا كان التشريع الأدنى لا يجوز أن يصطدم مع التشريع الأعلى منه وإلا كان باطلا أو غير دستورى ، وإذا كانت السلطة التى يمكن أن تقرر ذلك هى القضاء ، فقد بقى أن نعرف ما إذا كان القضاء يجرى على ذلك فيقرر بطلان تشريع جاء على ذلك النحو ، أو فى قول آخر هل للقضاء رقابة على دستورية القانون ؟ وهذه هى المسألة المعروفة بدستورية القوانين .

تختلف البلاد فى ذلك اختلافا بيناً ، فبعض الدول (كبلچيكا وبولنده) يحظر دستورها صراحة على المحاكم هـذا الحق ، وبعضها يقرره لها ، كسويسرا ورومانيا ، ومن قبل الولايات المتحدة الأمريكية ، التى أنشأ دستورها محكمة

---

(١) والتفويض قد يكون بصفة دائمة ينص عليها الدستور كحق السلطة التنفيذية فى وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وإما أن تكون بمناسبة قانون معين وبتفويض خاص (كما حدث فى مصر بالنسبة لقانون المعاشات الصادر فى سنة ١٨٨٧ ، إذ جعل لمجلس الوزراء سلطة تفسير كل ما يتعلق بهذا القانون) .

الاتحاد العليا (Federal Supreme Court) ، فتستطيع إبطال أى تشريع تراه مصطدما مع الدستور ، وكثيراً ما تستعمل المحاكم الأمريكية هـذا الحق ، حتى قيل إن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية هى حكومة القضاء . وهكذا أصبحت مبادئ الدستور الأمريكى فى مأمن من التغييرات الطارئة ، والتى قد يكون مثارها نزعات حزبية أو أغراض سياسية .

أما حيث يخلو الدستور من نص فى هذا الصدد — وهـذه هى الحالة التى تهمنا — كما هو الحال فى فرنسا ومصر ، فالمسألة محل خلاف ، وإن كان الراجح هو عدم الاعتراف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين إلا فى حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ، وسند هذا الرأى هو احترام مبدأ الفصل بين السلطات .

ونزيد هذه المسألة الهامة شرحاً فيما يلى :

إذا لم يستوف التشريع الرئيسى أركانه الشكلية التى يحتمها الدستور ، فإن المحاكم لا تطبقه ، ذلك لأن صـدوره فى الشكل الذى قرره الدستور هو الدليل الوحيد على وجود القانون ، وما لم يستوف هـذا الشكل فلا يمكن أن يوصف بأنه قانون .

أما إذا استوفى التشريع الرئيسى الشكل (Forme) ولـكنه خالف الدستور من حيث الموضوع (Fonds) بأن جاء ماساً بأحد مظاهر الحرية الشخصية التى كفلها الدستور ، أو مفرقاً فى المعاملة بين الناس أمام القانون ، الخ ، فإن القضاء الفرنسى ، العادى منه والإدارى على السواء ، يرى أنه ليس له أن يتعرض لمثل ذلك التشريع ، وإلا افتات على حق السلطة التشريعية . وكثرة الفقه فى جانب القضاء ، وإن ذهب بعض العلماء ، مثل هريو (Hauriou) ودجى (Dugiut) وغيرهما ، إلى القول بحق المحاكم فى رقابة دستورية القانون من حيث الموضوع والشكل

معا ، وتبعاً يكون لها أن تمتنع عن تطبيق ذلك التشريع [١] .

والحال فى مصر كالحال فى فرنسا ، فيذهب الرأى الغالب إلى أنه ليس للمحاكم مراقبة دستورية التشريع من حيث الموضوع اكتفاء بتوافر أركانه الشكلية [٢] .

---

(١) فيقول الأستاذ هريو فى كتابه «المختصر فى القانون الدستورى ص ٣٠٢ وما بعدها» إن مسألة إقحام القضاء فى دستورية القوانين مسألة على جانب عظيم من الخطورة ، فإن نحن أقحمناه خشينا أن تكون له مطامع سياسية ، وإن نحن أبعدناه خشينا أن تجعل قواعد الدستور عديمة الأثر . وهو يرى برغم هذه الخطورة أن من وظيفة القاضى مراقبة قواعد الدستور ... ويقول (وهـذا ما أشار به بعض أساتذة القانون الفرنسيين فى مذكرتهم « وهى للأستاذين برتلمى وجيز بموافقة الأستاذين أسمن ولارنود » التى قدموها بمناسبة قضية الترام ببخارست . وقد أخذت محكمة النقض والإبرام الرومانية بآرائهم بالرغم من عدم وجود أى نص تشريعى يسمح بالرقابة القضائية لدستورية القوانين . وقرر هؤلاء الفقهاء أن هذه الرقابة واجبة قانونا وتدخل فى حدود مهمة القاضى الطبيعية ... ... « وإذا لم يكن هذا المبدأ قد انتشر بعد فى جميع البلاد ، فإنما يرجع ذلك إلى أسباب متعددة : إما لأنه يظهر خلوا من كل فائدة عملية ، وإما خشية الأهمية السياسية التى تعطى للقاضى فى هذه الحالة ، وإما لأن فـكرة سيادة البرلمان تتنافى مع هـذه الرقابة ، وأخيراً إما لأن هناك بعض نصوص تعارض أو يظهر أنها تعارض مع قبوله والتسليم به . ولـكن هذه الاعتبارات المختلفة لا تحول دون قيام هذا المبدأ وانتشاره ببطء لا سيما أن الآراء بدأت تتجه إلى ضرورة رقابة البرلمان ، لأن تشريعها المشرب بالنزعات والميول الانتخابية ، أضحى خطراً مهدداً للحرية ») .

(٢) وقد قررت محكمة النقض والإبرام (فى القضية رقم ٣٧ سنة ٤٨ القضائية فى الطعن المرفوع إليها من النيابة العمومية بتاريخ ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٠) ما يأتى : « إن الأمر الملكى رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ قد وقف كل ما يتعلق بالسلطة التشريعية فى دستور أبريل سنة ١٩٢٣ وصار منذ صدوره نظاماً من أنظمة الحكم فى البلاد . فـكل تشريع صادر بالمطابقة له هو تشريع صادر من سلطة مختصة لا يمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو من يحل محلها فى التشريع على الوجه الذى يحدد لاختصاص من يحل محلها . فعدم إقرار مجلس النواب والشيوخ للقانون رقم ٢٢ سنة ١٩٢٩ الخاص بحفظ النظام فى المعاهد وللقوانين الثمانية الأخرى الصادرة تحت أحكام هذا الأمر الـكريم لا يلغيها ، لأنها إنما صدرت بطريقة خاصة عينتها السلطة الشرعية العليا فى البلاد بأمر منها لم تؤسسه على المادة ٤١ من دستور أبريل سنة ١٩٢٣ التى كانت موقوفة وقتئذ . ومما يقطع فى وجوب اعتبار تلك القوانين قائمة والعمل بمقتضاها واجباً أن الأمر الملـكى رقم ٧٠ الصادر فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٠ نص صراحة فى مادته السادسة على أن الأحكام وكل ماسن أو اتخذ من الأعمال والإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التى قررها =

لكن الرأى ، على ما يبدو ، بدأ يتجه وجهة مغايرة ، فذهب بعض الفقهاء[١] و بعض المحاكم إلى القول بوجوب رقابة المحاكم المصرية للتشريع الصادر من الهيئة التنفيذية من حيث الموضوع فضلا عن الشكل .

ولعل أول حكم صدر فى مصر مقرراً لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين من حيث الموضوع هو الحكم الذى أصدرته محكمة مصر الأهلية فى أول مايو سنة ١٩٤١[٢] . ثم جاءت أخيراً محكمة القضاء الإدارى وأصدرت حكما[٣] بنته على أسانيد قوية ، وقررت فيه حق رقابة المحاكم لدستورية القوانين . وقد تناولت الحجة التى يقوم عليها الرأى السائد وهى مبدأ الفصل بين السلطات فقالت بأنه ليس فى الدستور المصرى ما يمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحث دستورية القانون[٤] وأضافت بأن فى الأخذ بهذا المبدأ تأكيداً لسيادة الدستور الذى يسمو على القوانين العادية بحسبان أنه مصدر السلطات جميعاً ، هذا إلى أن المحاكم عندما تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا تقضى بإلغاء ذلك القانون أو تأمر بوقف تنفيذه ، وإنما تجعل رقابتها لدستورية القانون فى نطاق تطبيق أو عدم تطبيق ذلك القانون .

= الأمر رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ تبقى نافذة وتظل تنتج آثارها غير منقطعة العمل فى الماضى » .
وظاهر من ذلك أن المحكمة قصرت عنايتها على الشكل دون الموضوع ، فرأت أن قرار البرلمان لا يمكن أن يلغى تشريعاً قائماً ، إذ التشريع لا يلغيه إلا تشريع آخر .

(١) راجع كتاب مبادئ القانون الدستورى للدكتور السيد صبرى ص ٦٤٦ وما بعدها .

(٢) وإن ألغته محكمة استئناف مصر .

(٣) محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٦٥ من السنة الأولى القضائية ، وراجع المقال القيم الذى كتبه الأستاذ السيد على السيد بك وكيل مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإدارى فى مجلة مجلس الدولة .

(٤) بل على العكس من ذلك فيه نص هو المادة ١٦٧ التى يتوجه خطابها إلى المحاكم ، والتى جعلت نفاذ القوانين السابقة على الدستور رهيناً بأن تكون متفقة مع أحكامه ، فإنها تدعو المحاكم إلى أعمال الرقابة ، ما دام أنها تطلب إليها بحث مطابقتها للدستور وما يستتبعه ذلك من حل ما قد يثور من تعارض بين القانون العادى والدستور بما فيه توكيد لسيادة الدستور .

هذا كله بالنسبة للتشريع الرئيسى . أما بالنسبة للتشريع الفرعى فلا خلاف ، لا فى فرنسا ولا فى مصر ، فى أن رقابة القضاء له كاملة ، فتتناول الشكل والموضوع معاً .

المطلب الثانى

المراحل المختلفة فى سن التشريع

١٣٩ — هذه المراحل مقصورة على التشريع الرئيسى (القانون) :

أما التشريع الأساسى (الدستور) فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، ويصدر فى شكل أمر رئيس الدولة ، وطوراً يعتبر ملزماً للسلطان وللشعب معاً . ويصدر فى شكل أمر رئيس الدولة كذلك ، أو أن يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فإذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هذا على رأى الفيلسوف هوبز ، وإذا كان ملزماً للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف لوك ، وإذا أصدرته جمعية وطنية تمشى هذا مع رأى الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الإشارة إلى هذه الآراء الثلاثة[١] . والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئات التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر فى هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض إليها أمر التشريع فى مسائل معينة ، وتارة تكون إدارة من إدارات السلطة التنفيذية ، أو إدارة محلية ، ونحو ذلك .

وكلا التشريع الأساسى والتشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعيـة

---

(١) ص ٥٠ وما بعدها .

لا حاجة بهما إلى مراحل متعددة ، إذ هناك هيئة واحدة هى التى تسن التشريع ، ويُنشر بعد ذلك بالطرق العادية .

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة ، حتى يصبح قانوناً نافذاً ، بأدوار خمسة ؛ وهى التحضير ، فالتصويت ، فالتصديق ، فالإصدار والنشر[(١)] .

وقد رأينا أن نقسم هذه الأدوار إلى مراحل تشريعية تباشرها الهيئة التشريعية ، وهذه هى : التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، و إلى مراحل تنفيذية تقوم بها السلطة التنفيذية وهذه هى : الإصدار والنشر .

١٤٠ — المراحل التشريعية :

١ — **التحضير** : تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع المراد سنه (المشروع) ، وقد يحتاج الأمر إلى الاستعانة برأى هيئة فنية خارجية ، وقد يكون لمجلس دون المجلس الآخر امتياز سن قوانين معينة (كالقوانين التى تفرض ضرائب جديدة قد تكون من اختصاص مجلس النواب دون مجلس الشيوخ) ، وفى داخل المجلس يمر المشروع على اللجان المختصة حتى يصبح قابلا للعرض عليه ، وعندئذ تبدأ المرحلة التشريعية .

٢ — **التصويت** Vote : يتناقش الأعضاء فى المشروع المعروض على المجلس حتى إذا انتهى الأمر بالتصويت عليه يرسل إلى المجلس الآخر ، و بعد أن يمر باللجان المختصة يعرض عليه ، فإذا ما انتهى المجلس إلى إقراره فإن دور البرلمان فى سن التشريع ينتهى و يتبقى دور رئيس الدولة ، وهذه هى المرحلة التشريعية الثالثة .

٣ — **التصديق** Sanction : وهذه المرحلة تكون من جانب رئيس الدولة

---

(١) والنشر وحده عادة لا يكفى لكى يعتبر القانون نافذاً ، بل لا بد من مضى مدة بعد النشر .

باعتباره عنصراً من عناصر السلطة التشريعية ، فإذا صدق عليـه تمت ولادة التشريع ووجد القانون . وفى بعض البلاد — كفرنسا — قد لا يكون لرئيس الدولة حق التصديق وإذن يكون البرلمان وحده هو صاحب التشريع ، و بمجرد أن ينتهى المجلس الثانى من إقرار المشروع يوجد القانون .

١٤١ — المراحل التنفيذية :

٤ — **الإصدار** Promulgation : تنتهى مهمة السلطة التشريعية ، البرلمان ورئيس الدولة ، بمجرد تصديق الملك ، وتبدأ مهمة السلطة التنفيذية بإصداره . فالقانون تتم ولادته و يوجد بموافقة البرلمان وتصديق الملك عليه ، ولـكن لا بد بعد ذلك من إصداره حتى يكون وجوده قانونياً ، فالإصدار بمثابة شهادة الميلاد .

و إصدار القانون بواسـطة السلطة التنفيذية نتيجة لازمة لنظرية فصل السلطات ، لأن السلطة التشريعية لا تملك تـكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون ، كما أن هؤلاء لا يتلقون أمر التنفيذ من السلطة التشريعية ، لذلك كان لا بد من أن يصدر ذلك من رئيس السلطة التنفيذية (الملك) . و يبدو مما قدمناه أن رئيس الدولة له دوران : دور تشريعى يباشره فى سن التشريع ، وهو التصديق ، ودور تنفيذى يباشره مستقلا بعد أن يوجد القانون بالفعل ، وهو الإصدار .

والذى يحصل عادة هو أن يقع التصديق والإصدار فى ذات الوقت .

وقد يشترط الدستور فى بعض البلاد وجوب إصدار القانون فى مدة معينة . فينص الدستور الفرنسى مثلا فى المادة ٧ على ضرورة إصدار القانون فى مدة شهر على الأكثر من وقت إرساله من رئيس المجلس الذى وافق عليه أخيراً إلى رئيس الجمهورية ، و يجوز للبرلمان أن يقرر إصداره على وجه الاستعجال ، وحينئذ يجب على رئيس الجمهورية إصداره فى ظرف ثلاثة أيام . وقد لا يشترط

الدستور ذلك كما فى مصر[١] . ولعل السبب فى اشتراط مدة للإصدار فى فرنسا وعدم اشتراطها فى مصر أن مصادقة الملك لازمة حتى يصبح مشروع القانون الذى أقره البرلمان قانوناً ، فضلا عن أن التصديق والإصدار يحصلان فى الوقت ذاته ، أما فى فرنسا فإن رئيس الجمهورية ليس له دور تشريعى ، وينحصر عمله فى إصدار القانون .

٥ — **النشر** (Publication) : إصدار القانون لا يكفى بذاته لأن يجعل القانون سارياً على الناس ، بل لا بد من حمله إلى علمهم حتى لا يفاجأوا بقانون لا علم لهم به . ولكن العلم الفعلى لكل فرد غير ممكن عملا ، ولذلك يكتفى — توسطاً بين الأمرين — باتخاذ وسيلة يمكن معها افتراض علمهم به ، وهذا ما يحققه نشر القوانين .

وعملية النشر لا بد منها فى كل تشريع ، أساسى أو رئيسى أو فرعى ، وهى معروفة منذ عرف التشريع ، وإن كانت طريقة النشر قد اختلفت باختلاف العصور والبلاد ، وتمشياً مع تقدم المدنية[٢] ، والطريقة المتبعة فى الوقت الحاضر هى النشر فى الجريدة الرسمية .

---

(١) وقد تساءل الأستاذان وايت إبراهيم ووحيد رأفت فى مؤلفهما ص ٤٠٣ ، هل الملك فى مصر مطلق الحرية فى اختيار وقت الإصدار ؟ ويجيبان : كلا ! فإن الإصدار واجب أو تكليف لا حق شخصى للملك ، فإذا وافق البرلمان على المشروع ولم يعترض عليه وجب إصداره بدون تأخير . وهذا مستفاد ضمناً من نص المادة ٣٥ دستور ، فإنها لم تعط الملك إلا شهراً واحداً للموافقة على مشروع القانون أو رده ثانية إلى البرلمان لإعادة النظر فيه ، « فإذا لم يرد القانون فى هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر » . فبانتهاء الشهر بدون استعمال حق الاعتراض تزول آخر عقبة تشريعية فى وجه المشروع ولا يفهم بعد ذلك كيف يظل بدون إصدار . فسياق النص وروحه يفهم منه أن مدة الإصدار الطبيعية عندنا شهر واحد كما هو الحال فى فرنسا أيضاً .

(٢) فى أثناء الثورة الفرنسية مثلا كانت طريقة النشر قراءة القوانين فى الميادين العامة بعد أن يمهد لها بقرع الطبول ، أو لصق نسخة منها على الجدران .

على أنه يلاحظ أن الإصدار والنشر يختلطان إلى حد أن بعض الكتاب لا يفرق بينهما ، وحجتهم أن المادة ٢٦ من الدستور المصرى مثلا تنص : « تكون القوانين نافذة فى جميع القطر المصرى بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها بالجريدة الرسمية » ، فضلا عن أن الأمر بالإصدار والأمر بالنشر يصدران فى ذات الوقت ، فينص عادة فى مادة أخيرة من كل قانون « نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية ، وينفذ كقانون من قوانين الدولة » . ولكن يجب التمييز بين العمليتين من الناحية النظرية ، فإحداهما ، الإصدار ، عملية قانونية الغرض منها إثبات وجود القانون إثباتاً رسمياً ، والثانية ، النشر ، عملية مادية الغرض منها حمل القانون إلى علم الناس .

والنشر فى الجريدة الرسمية لا تغنى عنه طريقة أخرى ، فإذا لجأت السلطة التنفيذية ، فى الأحوال التى لا تحتمل الإبطاء ، إلى طرق أخرى تذيع بها التشريع كلصق نسخ مطبوعة على الجدران أو توزيعها على الأفراد أو إذاعة نشرات إدارية الخ ، فإن هذه الطرق لا تغنى عن النشر شيئاً ، وإن جاز أن تضاف إلى النشر فى الجريدة الرسمية زيادة فى الحرص منها على وصول التشريع إلى علم الناس ، وذلك مهما كانت الحاجة ملحة فى سرعة تنفيذ التشريع [1] .

والتشريع ، كقاعدة ، لا يعتبر ملزماً بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية ، بل لا بد من مضى وقت يفترض بعده علم الناس به ، وقد حدد الدستور المصرى مثلاً هذه المدة بثلاثين يوما ، وأجاز أن تنقص هذه المدة أو تزيد على الثلاثين يوماً

(١) ولذلك فإن حكماً كالحكم الذى أصدرته محكمة أسيوط الابتدائية (٢ نوفبر سنة ١٨٩٢ مجلة الحقوق ٨ ص ٣٨) ، والذى قضى بأنه يجوز للمديرين والمحافظين أن يسنوا لوائح صحية فى الأحوال المستعجلة ويشرعوا بتنفيذها ثانى يوم لصقها أو إعلانها ولو أضرت بالأفراد ولا يكون لأحد عليهم فى ذلك حق تعويض ، يعتبر حكماً خاطئاً

بشرط أن يكون ذلك بنص صريح . وإذن فإذا كانت ثمة ضرورة فى سرعة تنفيذ التشريع ، فمن الممكن النص على جعله سارياً من وقت نشره فى الجريدة الرسمية ، وليس هناك سوى هذه الوسيلة .

فإذا ما انقضت المدة ، بالتفصيل السابق ، قامت قرينة على علم الناس بالتشريع ، ولا يقبل من أحد بعد ذلك أن يدعى جهله بالقانون ، وهذا ما نتكلم عنه فيما يلى :

١٤٢ — قاعدة الجهل بالقانون[1] ليس بعذر Nul n'est censé ignorer la loi أو Nemo jus ignorare censetur

إذا ما مر التشريع بالمراحل السابقة وانقضت مدة الثلاثين يوماً ، أو المدة التى ينص عليها ، قامت قرينة على علم الناس بالقانون فلا يقبل من أحد أن يدعى جهله به . وهذه هى القاعدة المعروفة ، وقد قررتها صراحة المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بقولها : « لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون » .

ولهذه القاعدة مبرراتها الظاهرة ، فلم يكن فى وسع المشرع أن يفعل غير ما فعل ، إذ من المستحيل حمل القانون إلى علم الأفراد واحداً واحدا ، كما أنه لابد من وضع حد بحيث يفرض معه معرفة أحكام القانون ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر لأى شخص يدعى أنه يجهلها . وقد وفق المشرع ، كما رأينا ، بين الأمرين فاستلزم مضى مدة بعد أن تتخذ الوسيلة التى رأى فيها الكفاية — النشر — لتمكن الناس من العلم بالتشريع ، فإذا ما انقضت امتنع الادعاء بجهل أحكامه .

وقد جرت المحاكم ، فى مصر وفى سائر البلاد — على الأقل بالنسبة للقواعد

---

(١) سواء كان مصدره تشريعاً أو غيره من المصادر .

القانونية الآمرة — على التشدد فى مراعاة تطبيق هذه القرينة . ولذا فلا تقبل المحاكم المصرية من أجنبى وصل إلى مصر الادعاء بعدم معرفته لأحكام التشريع المصرى ، ولا من مصرى كان فى خارج القطر ولم تمكنه ظروفه من معرفة تشريع صدر أثناء تغيبه الادعاء بجهل أحكامه . ويبرر هذا التشدد من جانب القضاء رغبته فى ضمان تنفيذ التشريع وسريانه على الجميع حتى تستقر الأمور .

وليس لهذه القاعدة إلا استثناء واحد ، هو حالة القوة القاهرة (Force-Majeure) كفيضان أغرق البلاد أو قطع المواصلات ، أو حرب كان من نتيجتها عزل بعض البلاد . فى هذه الحالة لا يسرى التشريع ، لأن من نتيجة القوة القاهرة عدم وصول الجريدة الرسمية — أى الطريق القانونى الوحيد الذى به يتم العلم بالقانون — إلى الناس .

ملاحظة :

ويلاحظ أن مجال تطبيق هذه القرينة إنما يكون حيث توجد قوانين تعتبر من النظام العام ، إذ فى هذه الحالة يجب على جميع الناس مراعاتها ولا يقبل من أحد منهم الاحتجاج بالجهل بها إذا هم خرجوا عليها . أما القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، فالرأى الراجح أنه يجوز للأفراد الاحتجاج بعدم معرفتها(*) .

(*) ولنشرح فيما يلى المقصود بالقواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين (المرخصة) ، وإن لم يكن موضع ذلك هنا ، وإنما موضعه فيما بعد ، فى فروع القانون مثلا ، فكما ينقسم القانون إلى عام وخاص يمكن أن يقسم إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين . ولكن نظراً لتعدد الإشارة إلى هذا التقسيم ، فقد آثرنا أن نتكلم عنه توفيقا بين حاجة المبتدئ وبين الارتباط المنطقى لموضوعات الكتاب . =

المطلب الثالث

سن التشريع فى مصر

١٤٣ — تاريخ الهيئة التشريعية فى مصر :

عندما كانت مصر جزءاً من الإمبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد على كان هـذا الوالى هو صاحب التشريع (الهيئة التشريعية) ، و بقى

= **القوانين الآمرة** (Lois Impératives) :

هى تلك القوانين الملزمة التى لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها وضعت للمحافظة على النظام العام والآداب . وقبل أن نتكلم فى النظام العام والآداب نلاحظ أنه سبق لنا عند الكلام فى خصائص القانون أن بينا أن كل قاعدة قانونية يجب أن تكون ملزمة ، بل إن هـذا الإلزام هو أهم خصائصها ، فكيف نأتى بعد ذلك ونقول إن هناك قوانين ملزمة مرتبطة بالنظام العام ، وقوانين مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين ، مما قد يتصور معه أن هذه القوانين الأخيرة غير ملزمة ؟.

الجواب على ذلك يسير ، ذلك أن كل القواعد القانونية ملزمة ولـكنها فى درجة الإلزام تنقسم إلى قواعد لا يجوز للأفراد أن يخالفوا أحكامها ، وهـذه هى القوانين المتعلقة بالنظام العام ، و إلى قواعد ملزمة يجوز للأفراد أن يخالفوها أو أن يعدلوا فيها لأنها لا تتصل بالنظام العام ، فإذا هم اتبعوها أو لم يخالفوها فهى ملزمة لهم ، وهـذه هى القوانين المفسره أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، والذى يميز بين النوعين هو اتصالها بالنظام العام وعدم اتصالها به . و إذا كان النظام العام وحسن الآداب هو الضابط المميز بين النوعين فما هو النظام العام وما هى الآداب ؟ . =

الأمر كذلك إلى آخر عهد إسماعيل ، حيث أنشئ مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة إلا إذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفى أول عهد

= النظام العام (L'Ordre Public) :

إذا رجعنا إلى التشريعين الفرنسى والمصرى وجدنا هذا المبدأ ، مبدأ عدم إمكان مخالفة أحكام النظام العام ، مقرراً بصفة عامة ، فينص القانون المدنى الفرنسى فى المادة السادسة « لا يجوز بطريق الاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام » وتنص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية « ... وكل اتفاق خصوصى مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومى والآداب باطل لا يعمل به » .

ولو أن المشرع جاوز هذا الحد الذى لا يفيدنا كثيراً فى تحديد النظام العام ، بأن أورد فى كل أحواله نصوصاً ، لكان حل مسألة النظام العام من أسهل الأمور ، إذ لن يكون علينا سوى الرجوع إلى النص والاهتداء بهديه . ولكن الأمر ليس كذلك ، فأكثر النصوص التشريعية لا تبين هذه المسألة ، كما أن كثيراً من القواعد القانونية لا تتضمنها نصوص تشريعية ، فكيف يمكن أن نعرف علاقة ذلك بالنظام العام ؟.

وإذا كان هذا هو موقف المشرع من النظام العام ؛ اقتصار من جانبه على تقويره دون تحديد لحالاته ، فقد حاول الفقه تقريب مسألة النظام العام من الأذهان على النحو الآتى : يمكن تعريف النظام العام بأنه كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام) أو اجتماعية (مثل القوانين الجنائية ، وما يتعلق بتكوين الأسرة ، وحالة الأشخاص المدنية ، والأهلية) أو اقتصادية (كالقواعد التى تنص =

توفيق أعطى للبلاد نظام نيابى لم يدم طويلا ، إذ قامت الثورة العرابية فى سنة ١٨٨١ . وبعد أن احتل الإنجليز مصر جعلوا السلطة التشريعية فى يد الخديوى

= على حماية الملكية والقواعد التى تجعل التنافس حراً أمام الجميع) أو خلقية وهى التى يعبر عنها بقواعد الآداب . فكأن قواعد الآداب تدخل تحت تعبير النظام العام ، وإن كانت هناك بعض الفروق بينهما .

وإذا كان قد أمكننا أن ندمج تحت هذه الرؤوس الأربعة المصالح الأساسية التى يعنى بها القانون ويحرص على حمايتها فلا يبيح للأفراد الخروج عليها ، فإنا نحاول عبثاً إن نحن أردنا أن نسير إلى أبعد من ذلك فنضع قائمة نحصر فيها كل ما يدخل فى النظام العام ، ولذلك نكتفى بذكر تطبيقات مختلفة تقرب فكرته من الأذهان :

(١) روابط القانون العام وكلها تدخل فى النظام العام :

القانون الدستورى : كل ما يتعلق بالقانون الدستورى والحقوق والحريات العامة يدخل فى النظام العام ، ولا يصح الاتفاق الذى يرد مخالفاً له . فلا يصح الاتفاق الذى يتنازل به شخص عن حقه فى الانتخاب مقابل مبلغ من المال ، ولا الاتفاق الذى يقيد الشخص فى اعتناق الدين الذى يريد أو المذهب السياسى الذى ينتمى إليه ، إلى غير ذلك .

والقانون الإدارى : فلا يصح لموظف أن يتنازل عن وظيفته لمصلحة شخص آخر ، كما أنه لا يجوز له أن يستغلها .

القانون المالى : فيبطل الاتفاق الذى يعفى شخصاً من دفع الضريبة التى أوجبها القانون ، والاتفاق الذى ينص فيه على الدفع بالذهب إذا كان القانون قد أعطى لأوراق البنكنوت سعراً جبرياً . =

ومجلس نظاره ، يعاونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية . وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعى

= القانون الجنائى : فيبطل الاتفاق على ارتكاب جريمة فى نظير مبلغ معين .

النظام القضائى : حق كل شخص فى التقاضى يعتبر من النظام العام ، فلا يصح التنازل مقدماً عن هذا الحق إلا فى الحالات التى يجوز فيها التحكيم . كذلك كل اتفاق يخل بقواعد الاختصاص إذا كان الملحوظ فيها تحقيق مصلحة عامة .

(ب) روابط القانون الخاص :

(أولاً) الأحوال الشخصية : كل روابطها تقريباً تحقق مصلحة عامة ، إذ الأسرة أساس المجتمع . فكل ما يتعلق بحالة الشخص المدنية وأهليته وزواجه وطلاقه الخ لا يصح التلاعب بأحكامه ، فلا يجوز لمسلم أن يتزوج أكثر من أربع أو أن يزيد حقه فى الطلاق ، ولا لقاصر أن يتنازل قبل البلوغ عن حقه فى الطعن فى عقد عمل دون استيفاء للشروط التى يحتمها القانون ، إلى غير ذلك .

(ثانياً) المعاملات المالية : الأصل فيها خروجها عن دائرة النظام العام ، والاستثناء وجود بعض الروابط التى تحقق مصلحة عامة ، وهى أكثر ما تكون مصلحة اقتصادية كعدم تقييد المالك فى تصرفه بملكه ، أو لحماية الغير حسن النية (إشهار التصرفات) .

ملاحظات :

الملاحظة الأولى : فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف البلاد ، وفى البلد الواحد من عصر إلى عصر ، إذ أنها تقوم على تقدير المصلحة العامة ، =

فى الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هى الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك فى القوانين

= وهذه تتأثر بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية ومايستتبع ذلك من تغلب المذهب الفردى الذى يطلق الحرية للفرد ولا يسمح للدولة بالتدخل فى شئونه إلا بالقدر الضرورى ، فتضيق بذلك حتما دائرة النظام العام ، أو تغلب المذهب الاشتراكى الذى يسمح بتدخل الدولة فى شئون الفرد ويجعلها تتولى كثيراً من الشئون التى كانت تمتنع عليها ، فتحمى الضعيف من القوى ، ويصبح كثير من المصالح الفردية مصالح عامة تجب حمايتها ، فتتسع بذلك دائرة النظام العام .

الملاحظة الثانية : إذا كان المشرع لم يحدد مسائل النظام العام ، وإذا كانت هذه متغيرة كما قدمنا . كان لا بد من ترك أمرها إلى القاضى وإعطائه سلطة واسعة حتى يفسر القانون التفسير الملائم لروح عصره . فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعا فى هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة .

الآداب Bonnes Moeurs :

الآداب فى أمة معينة وفى جيل معين ، هى مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير فى تكييفه ، وكلما اقترب الدين من الحضارة ، ارتفع المعيار الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل فى الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام =

وقطعياً فى الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب و بعدها إلى أن أعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ،حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابى ، فصدر

= البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الذى يخضع الناس له ولو لم يأمرهم بذلك القانون . (نظرية العقد للأستاذ السنهورى باشا ص ٥٢٩) .

فكل ما يخالف قواعد الآداب ، فيجرح بذلك الشعور العام ، لا ينتج أثراً . فالاتفاق مع امرأة على أن يدفع لها مبلغ من المال مقابل معاشرتها معاشرة غير شرعية ، أو تأجير منزل للدعارة أو للقمار باطل لا أثر له ، وكعقد الوساطة فى الزواج ، و إن كان هناك ميل من جانب القضاء لاعتباره صحيحاً . وهذا يوضح ما قلناه من تطور فكرة النظام العام (والآداب ما هى إلا بعض النظام العام) وتأثيرها بمختلف العوامل .

القوانين المفسرة والمكملة لإرادة المتعاقدين (أو المرخصة) (Lois Interpretatives et Supplétives de volonté) :

ليست كل قواعد القانون من النوع السابق ، بل بجانب القوانين المتصلة بالنظام العام وحسن الآداب ، والتى عنى المشرع بها أشد عناية لصلتها الوثيقة بمصالح المجتمع الأساسية فاعتبر كل اتفاق على مخالفة أحكامها باطلا لا ينتج أثراً ، وضع قواعد الغرض منها تنظيم مصالح الأفراد ، ففائدتها تعود عليهم أولاً و بالذات ، وهذه هى القوانين المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين ، وجل روابط القانون الخاص المتعلقة بالمعاملات هى من هذا النوع .

على أن القانون فى تنظيمه لمصالح الأفراد إنما يعبر عن نية المتعاقدين ، وتكون الأحكام التى يضعها هى تقريباً ذات الأحكام التى يضعها المتعاقدون لو أنهم =

دستور ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية فى يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة المصرية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة

= تعرضوا إليها فى جوهر التعاقد وتفصيلاته . فمهمة المشرع هى فى الواقع من الأمر وضع نموذج للتعاقد يكون هو الذى أراده الطرفان إذا لم ينصا صراحة فى اتفاقهما على ما يخالفه . والمشرع فى وضعه لهذا النموذج لا يتحكم ولا يبتدع وإنما يتأثر (أولاً) بالإرادة المفترضة للمتعاقدين ، بمعنى أنه ينظم هذه العلاقة كما كان ينظمها الطرفان و (ثانياً) بالعرف والعادات فيستقى أحكامه منها .

ومن هذا يبدو أن عمل المشرع فى هذا الجزء من القانون إن هو إلا عمل ثانوى ، القصد منه تسهيل الأمر على الأفراد وإرشادهم فى معاملاتهم ، تاركا لهم كل الحرية فى مخالفة تلك الأحكام والاتفاق على غيرها فى حدود النظام العام والآداب ، بل إن هذه الحرية هى أهم ما يعمل المشرع على تشجيعه حتى يدخل الأفراد فى معاملات جديدة وضروب من التعامل مستحدثة ، مما قد يكون سبباً فى تقدم المجتمع ورقيه . ومن أجل هذا كان مبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'Autonomie de la Volonté) من أهم المبادئ التى يقوم عليها القانون الخاص فى الوقت الحاضر وكانت القاعدة المشهورة : العقد شريعة المتعاقدين .

والذى يحصل عادة هو أن الأفراد عندما يدخلون فى تعاقد يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية . فيحددان فى عقد البيع مثلا الشىء المبيع والثمن تاركين التفصيلات ، كتحديد ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد دفع الثمن ومكانه الخ إلى نصوص القانون ، وفى عقد إيجار منزل يتفقان على الأجرة ومدة الإجارة ، ويتركان ما عدا ذلك من الأحكام إلى ما ورد فى القانون كالإصلاحات هل يقوم بها المالك أو المستأجر ، وهكذا فى سائر العقود . فكل القواعد التى من هذا النوع =

الملك ، وهو يشترك فى السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصدور دستور سنة ١٩٣٠ ، ثم ألغى هذا الأخير بالأمر الملكى الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ وأعيد دستور ١٩٢٣ بالأمر الملكى الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، وعادت بالتالى السلطة التشريعية إلى ما كانت عليه ، يباشرها البرلمان والملك[1] .

= هى نصوص مكملة أو مفسرة تكمل العقد عند سكوته أو تفسره عند غموضه ، وهى ملزمة للطرفين على هذا الاعتبار ، فإذا أرادا الخروج عليها ، وحريتهما فى ذلك لا يحدها إلا النظام العام والآداب ، وجب عليهما أن ينصا صراحة على ما ارتضياه من الأحكام ، وعندئذ يكون ما ارتضياه هو القانون الذى يسوى العلاقات بينهما ، إذ العقد شريعة المتعاقدين .

(١) وإلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ ، تاريخ تنفيذ معاهدة « إلغاء الامتيازات الأجنبية » التى انعقدت بمدينة مونترو فى أبريل سنة ١٩٣٧ ، لم تكن هذه السلطة التشريعية تملك سن قوانين تسرى على كل ساكنى القطر المصرى ، بل كان لا بد من موافقة الدول الأجنبية ، وفيما بعد الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، على كل تشريع يراد تطبيقه على الأجانب . وإذن فقد كان للمحاكم المختلطة اختصاص تشريعى نشير إليه هنا للتاريخ .

أولا : القوانين المدنية

كان للمحاكم المختلطة اختصاص تشريعى إذ يجب أخذ موافقة الجمعية العمومية لمستشارى محكمة الاستئناف المختلطة على كل القوانين التى يراد تطبيقها على الأجانب ، لأن القوانين المصرية كانت فى مبدأ الأمر لا تسرى على الأجانب إلا إذا وافقت عليها الدول صاحبة الامتياز . ولكن لما كان من العسير مفاوضة أربع عشرة دولة وأخذ موافقتها على كل قانون يسن حصل الاتفاق بين مصر والدول صاحبة الامتياز على تعديل المادة ١٢ مدنى مختلط (فى سنة ١٨٩١) ، وصار يكتفى بموافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة بقيود معينة بدل الطريق الأول الذى يحتم أخذ موافقة الدول واحدة واحدة ، ولم يستثن من ذلك إلا لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التى لا يجوز إجراء أى تعديل أو إضافة عليها إلا إذا وافقت عليها الدول . (وهذا ما حصل فى معاهدة مونترو) . وتضع المادة ١٢ المعدلة الشروط الآتية :

١ — لكى يكون تشكيل الجمعية العمومية صحيحاً لا بد من حضور خمسة عشر مستشاراً من مستشارى محكمة الاستئناف ، وفى حالة غياب أحد مستشارى محكمة الاستئناف ، يحل محله أقدم قاض من التابعين لدولة المستشار الغائب .

=

١٤٤ — تدرج التشريع فى مصر :

التشريع فى مصر متدرج على النحو الذى أوضحناه فى المطلب السابق . فالتشريع الدستورى هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريع الصادر من مجلس النواب والشيوخ مصدقاً عليه من الملك ، ثم يلى ذلك المراسيم التى يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية ، والقرارات التى يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والإدارات المحلية . فيجب إذن التميز بين الدستور وهو الذى ينظم السلطات العامة ، ويصدر بأمر ملكى ممضى عليه من الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعد موافقة مجلس النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكى يصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده ، أو هو وبعض الوزراء ، فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر العالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ، وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس

= ٢ — يجب أن تكون موافقة الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى الأعضاء الحاضرين .

٣ — يجب ألا تصدر مشروعات القوانين قبل مضى ثلاثة أشهر من تاريخ موافقة الجمعية العمومية عليها . ولكل دولة أن تعترض على القانون أثناء هذه الفترة فتمنع سريانه ، ويعرض المشروع من جديد للمداولة ، فإذا حاز فى المداولة الجديدة أغلبية الأصوات جاز إصداره فوراً.

٤ — يجب ألا يمضى على مشروع قانون ثلاثة أشهر بعد الميعاد الذى كان يمكن فيه نشره دون أن ينشر وإلا اعتبر متروكا ولم يجز الرجوع إليه إلا بإعادة أحكام هذه المادة ثانية .

ثانيا : القوانين الجنائية .

كان للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة اختصاص تشريعى آخر فى المخالفات ، بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ بعد موافقة الدول ، وعلى الجمعية العمومية قبل الموافقة التحقق مما يأتى :

١ — أن القوانين واللوائح المقدمة للنظر فيها عامة تسرى على جميع سكان القطر المصرى بدون استثناء .

٢ — ألا تخالف نص المعاهدات والاتفاقات الدولية .

٣ — ألا تزيد مدة العقوبة المقررة فيها عن الحد المقرر للمخالفات (الحبس مدة أسبوع أو الغرامة إلى مائة قرش) . أما فى الجنايات والجنح فكان يجب الحصول على موافقة الدول .

الوزراء وحده دون أن يمضى عليه الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ، ثم القرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى المدن والإدارات المحلية ونحو ذلك ، وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة إلى موافقة الوزير .

١٤٥ — رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

وقد سبق أن أشرنا إليها عندما تكلمنا فى رقابة القضاء على التشريع فى المطلب الأول .

١٤٦ — كيفية تحضير التشريع وسنه فى مصر :

التشريع الأساسى :

يصدر التشريع الأساسى بأمر ملكى كما قدمنا . وقد جاء فى الدستور المصرى أن الأمة مصدر السلطات . ويجوز ، طبقاً له ، تنقيح أحكام الدستور عدا الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى وبنظام وراثة العرش وبمبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها الدستور . وفيما عدا ذلك ، وحتى يمكن تنقيح الدستور ، يجب أن يصدر كل من المجلسين بالأغلبية المطلقة لأعضائه جميعاً قراراً بضرورته وبتحديد موضوعه ، فإذا صدق الملك على هذا القرار يصدر المجلسان بالاتفاق مع الملك قرارهما بشأن المسائل التى هى محل للتنقيح ، ولا تصح المناقشة فى كل من المجلسين إلا إذا حضره ثلثا أعضائه ، ويشترط لصحة القرارات أن تصدر بأغلبية ثلثى الآراء .

التشريع الرئيسى :

أما التشريع الذى يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسية فيسن طبقاً للدستور

على النحو الآتى : يحضر التشريع الوزارة المختصة ، ويرسل المشروع المحضر إلى مجلس الدولة (قسم التشريع) ، فينظر فى المشروع من ناحية الصياغة القانونية واتساق التشريع مع سائر قوانين الدولة . ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء فيقره بمرسوم ملكى كمشروع قانون يجب عرضه على مجلسى النواب والشيوخ ، فإذا أقره المجلسان أرسل إلى الملك للتصديق عليه . كما يجوز لأعضاء المجلسين تقديم اقتراحات بمشروعات قوانين ، فإذا أقرها البرلمان أرسلت إلى الملك كذلك للتصديق . والملك يصدق على القوانين ويصدرها ، فإذا لم ير التصديق على مشروع أقره البرلمان ، رده إليه فى مدى شهر لإعادة النظر فيه ، فإذا لم يرد المشروع فى هذا الميعاد ، عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر . وإذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم ، وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فإن كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظر فيه فى دور الانعقاد ذاته ، فإذا عاد البرلمان فى دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بالأغلبية العادية ، صار له حكم القانون وأصدر . وإذا حدث فى غير أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الإسراع لاتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم بقوانين تكون لها قوة القانون ، بشرط ألا تكون مخالفة للدستور ، ويجب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له ، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون .

وإذا تم تصديق الملك على مشروع القانون صار قانونا ووجب إصداره ونشره . وقد نصت المادة الأولى من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أن « القوانين والأوامر يكون معمولا بها فى جميع القطر المصرى عند إعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الإجراء بموجبها فى كل جهة من

جهات القطر المذكور من وقت العلم بإعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالى القطر بعد إعلانها بالجرائد بثلاثين يوما ، ويجوز تنقيص هذا الميعاد بمقتضى نص صريح فى القوانين أو الأوامر المذكورة » . وجاء فى المادة ٢٦ من الدستور والتى سبقت الإشارة إليها : « تكون القوانين نافذة فى جميع القطر المصرى بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب فى صدره ، وتفيد أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون بإجراء هذا التنفيذ[1] . ومتى أصدر القانون نشر فى الوقائع الرسمية ، وإذا لم ينص فيه على ميعاد للتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوما من نشره ، ويجوز تقصير هذا الميعاد أو مده بنص خاص ، كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

التشريع الفرعى :

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الإشارة إليه .

---

(١) وصيغة الإصدار فى مصر هى الآتية :

نحن ... ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه

... ...

ويختم مرسوم الإصدار بالعبارة الآتية : « نأمر بأن يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة » .

« صدر بسراى عابدين أو رأس التين يوم . . . سنة . . . » ، ويلى ذلك إمضاء الملك والوزير أو الوزراء المختصين .

الفـــرع الثانى

التقنين

Codification

نقسم هذا الفرع إلى مطلبين ؛ مطلب أول فى نظرية التقنين ومطلب ثان فى حركة التقنين .

المطلب الأول

نظـــرية التقنين

١٤٧ — التعريف :

التقنين هو إدماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون — بعد أن ترتب وتبوب ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض — فى مدونة واحدة (Code) تصدر من الهيئة صاحبة التشريع فى شكل قانون (Loi)[1] سواء كان مصـدر تلك القواعد عرفاً أو تشريعاً أو غير ذلك .

وقد عنت الحاجة إلى التقنين بعـد أن اتسعت دائرة التشريع إثر انتشار النزعة الاشتراكية فى العهد الأخير ، مما أدى إلى تعذر الإحاطة بكل التشريعات التى تصدر ، فضلا عن عدم إمكان مجانبة التعارض فيما بينها ، الأمر الذى اقتضى وضع الأحكام الخاصة بكل فرع من فروع القانون فى مدونات .

(١) فالمدونة (أو المجموعة القانونية) إذن تشريع لا يختلف عن أى تشريع إلا فى سعة نطاقه وكبر أهميته .

١٤٨ — مزايا التقنين وعيوبه :

وجهت إلى التقنين ، دون غيره من التشريعات ، انتقادات شديدة وهوجم هجوما عنيفاً ، لكن لا بد قبل الإشارة إلى ذلك من مواجهة اعتراض يثب إلى الخاطر ، هو الآتى : إذا كان التقنين تشريعاً فلماذا انفرد هو بتلك الانتقادات ، ولماذا قام فى وجهه هو — دون سائر التشريعات — خصوم يبينون عيوبه ويحذرون منه !

يرجع السبب الرئيسى فى ذلك إلى ما للتقنين من أهمية وخطر ، وما قد يحاط به من مهابة وتقديس ، مما قد يؤدى إلى جمود القانون وتخلفه عن مسايرة التطور فى المجتمع ، الأمر الذى ينافى وظيفة القانون . هذا إلى انتقادات أخرى هى فى حقيقة الأمر من محاسنه .

على أنه لم يلبث أن اتضح قدر مبالغة خصوم التقنين فى استغلال هذا السبب ، وبان للجميع احتفاظ القانون بمرونته فى ظل التقنينات ، فضلا عن مزاياه الأخرى . ومذ وضح ذلك لم يعد للتقنين خصوم وأصبح المجال أمام انتشاره واسعاً . ولنزد هذه المسألة بيانا فيما يلى :

لم تكد تصدر التقنينات الفرنسية عقب الثورة الفرنسية (فى المدة ما بين سنى ١٨٠٤ — ١٨١٠) حتى حازت درجة رفيعة من الشهرة بحيث أغرت الدول الأخرى بأن تحذو حذو فرنسا . ولم تلبث أن أحيطت تلك التقنينات بهالة من المهابة والتقديس ، نظراً لضخامة المجهود الذى بذل فى وضعها وفى إخراجها على ذلك النحو الفذ من قوة التركيب و بساطة التعبير ، وللفائدة الكبرى التى يحققها للروابط القانونية تركيز قواعد القانون فى مواد موجزة سهلة التناول ، بدلاً من تلك القواعد القديمة المبعثرة والأحكام المتعارضة . ولذا فلا غرابة فى أن يتولد لدى جمهور الأمة شعور باعتبار العمل الجديد (التقنينات) كأثر من الآثار حى على

الزمان لا يموت ، يجب احترام أحكامه وعدم مسه بالتعديل إلا عند الضرورة القصوى . ولا غرابة كذلك فى أن يسود الفقه الفرنسى الاعتقاد بأن « التقنين » قد أضحى المصدر الوحيد لقواعد القانون ، وأنه كالكتاب المنزل قد أحاط بكل شيء علماً ، وأتى بالحل اللازم لكل ما فى الحياة من مشكلات . وقد استتبع هذا النظر أن يكون تفسيره للنصوص تفسيراً لفظياً ، وأن يكون ديدنه هو تقصى نية واضعيه .

ولما قام الفقيه الألمانى تيبو (Thibaut) يدعو إلى تقنين القانون الألمانى على غرار التقنين الفرنسى بعد الذى رآه من نجاح التجربة الفرنسية ، تصدى له الفقيه الألمانى الكبير (Savigny) محذراً مواطنيه من قبول تلك الدعوة لما يجره التقنين من مضار ، فى رسالة مشهورة نشرت فى سنة ١٨١٤ ، تلك الرسالة التى أرخت ميلاد مذهب جديد فى طبيعة القانون ، هو مذهب التطور التاريخى . ولم تكن وقفته هذه إلا نتيجة طبيعية لمذهبه فى القانون ، إذ منطق النظرية التاريخية يقضى بعدم السماح بأن تصب قواعد القانون فى قوالب جامدة — هى النصوص — لا تلبث أن تشل حركتها وتفقدها مرونتها وتطبعها بطابع الجمود ، والأفضل تركها طليقة من كل قيد تتطور وفق الحاجة والزمن .

وقد كذب الواقع رأى سافينى من هذه الناحية عند ما قنن القانون الألمانى وصدر فى سنة ١٩٠٠ موحداً للبلاد الألمانية من الناحية التشريعية ، وإن كان من نتيجة معارضته تأخير التقنين الألمانى قرابة قرن من الزمان .

أما لماذا لم تنجح معارضة خصوم التقنين فذلك عند ما تبين أن الخطر من جمود القانون لم يتحقق ، وخاصة عند ما زالت فكرة تقديس النصوص تحت تأثير الضرورات العملية ، وعند ما أدرك الفقه الفرنسى أنه قد أصبح فى ظل

مدرسة الشرح على المتون جد بعيد عن واقع الحياة ، وأنه لا معدى له عن التعاون مع القضاء ؛ فاعترف بمصادر القانون الأخرى ، وأخذ يفسر النصوص على مقتضى الظروف ، ويدعو المشرع إلى التدخل كلما لاحت له حاجة إلى ذلك التدخل . وهكذا استطاع التقنين أن يحتفظ بمرونته و بقدرته على مسايرة التطور ، ولم يعد أحد يدعو إلى محاربة التقنين ، بل توحدت الدعوة إلى إحسان القيام به ، ومراجعته من وقت إلى آخر ، أو استبدال تقنين جديد به يكون أوفى بالحاجة ، وأقدر على متابعة المجتمع فى تطوره .

أما بقية الانتقادات فيمكن تلخيصها والرد عليها فيما يلى :

أخذ على المجموعات أنها لم تضع التعاريف ، بل ذكرت ألفاظاً كالغلط والتدليس وحسن النية وسوء النية الخ ، ورتبت عليها نتائج هامة دون أن تعرفها تاركة ذلك إلى الفقه والقضاء ، كما أنها لم تأت بكل الأحكام القانونية . ولكن يردّ على ذلك بأن القوانين إذا كانت لم تأت بالتعاريف ، فإن ذلك وجه فضل يحتسب لها لا موضع نقص يعد عليها . ذلك أن التعاريف مسائل علمية من الواجب تركها للعلماء والمحاكم ، وهؤلاء يعرفونها التعريف المناسب لمقتضيات الأحوال . أما عدم إتيانها بكل الأحكام فهذا أيضاً مما تقضى به الحكمة ، إذ يجب أن تكتفى المجموعات بذكر القواعد العامة ، وتترك التفاصيل لأحكام المحاكم ، وهذه تكمل نقص القانون بحسب ما تقتضيه الضرورة العملية وتستوجبه العدالة . على أن هذا النقص المدعى به هو الذى يهيىء لنا خير ما يرد به على ما وجه للتقنين من نقد يتصل بجمود قواعد القانون ، ذلك أنه بسبب عدم الدخول فى الجزئيات وعدم محاولة الإحاطة بكل التفصيلات والاكتفاء بالقواعد العامة — وهذه لا تتغير كثيراً — أمكن عن طريق التفسير أن تمد قواعد القانون وتتسع

لتشمل الحاجات الجديدة وتبقى للتقنين مرونته مهما تقادم العهد عليه[١] .

ومن مزايا التقنين سهولة البحث عن الأحكام القانونية بعد أن جمعت فى كتاب واحد ، وفى هذا فائدة كبيرة للقضاء والمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون . كما أنه قد يكون ضروريا إذا أريد توحيد القانون فى البلد الواحد ، كما وقع ذلك فى فرنسا وفى ألمانيا وفى سويسرا ، ويكون التقنين ضروريا كذلك إذا أريد إدخال قانون أجنبى ، كما وقع ذلك فى مصر وفى تركيا .

١٤٩ — أصول التقنين الحكيم :

أهم أصول التقنين الحكيم إذن أن يتجنب التعريفات العلمية ، ويترك الخوض فى التفصيلات الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية تكون من المرونة بحيث تترك للقاضى عند تطبيقها مجالا لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون فى نصوص جامدة تقف به دون التطور ، إذ القانون كائن حى لا يمكن قسره على الجمود بمنعه من التطور .

والواجب أن تفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فإن التقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم إلى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطى على القواعد التى سجلها التقنين ، إنما يراد بالتقنين ، إلى جانب ترتيب الأحكام الخاصة بفرع معين من فروع القانون بعد إزالة التناقض بينها ، أن يكون مفتاحاً للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع إلى المصادر الأخرى وأهمها الفقه

---

(١) ويقول الأستاذ سالى (Saleilles) عن مجموعة قانون نابليون بمناسبة مرور مائة عام عليها فى الكتاب المئيني ص ١١٤ « المجموعة المدنية تطورت ، فقد بقيت النصوص على حالها ولكن الذى تغير هو محتواها ، فى أوعية ظن أنها قديمة جرى خمر جديد ، وقد كفت قوته المتجددة لأن تعيد إلى الوعاء نضارة الشباب » .

والقضاء . فإذا كانت هذه هى مهمة التقنين ، فلا شك أنه قد أسدى خدمة جليلة فى هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع المقنن أسهل فى بحثه من القانون غير المقنن الذى يجب أن تتلمس أحكامه فى السوابق القضائية المكدسة أو فى كتب الفقه الواسعة أو فى تشريعات متفرقة .

على أن التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، تجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشياً مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذى لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديماً ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه .

المطلب الثانى

حركة التقنين

نتكلم فى تقنين الشرائع القديمة .

وفى حركة التقنين الحديثة .

وفى التقنينات المصرية .

§ ١ — تقنين الشرائع القديمة

١٥٠ — القانون الرومانى :

قنن القانون الرومانى مرتين ؛ مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه ، فى الألواح الاثنى عشر ، وأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه فى تقنينات جوستنيان فى القرن السادس الميلادى . وهذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وقع

فى الشرائع القديمة ، فقد كانت مصادر القانون الرومانى قد تعددت ، فكان من العسير تعرف حكم القانون الواجب التطبيق . فلما جاء الإمبراطور جوستنيان رأى أن يجمع قواعد القانون المبعثرة فى شتى المصادر ، وأن يضعها فى كتاب واحد بعد أن يستبعد ما بينها من التناقض ، فشكل لذلك لجنة جمعته ، وأصدره الإمبراطور متوجا باسمه ومخلداً لذكره ليكون شريعة الرومان، وسمى (Corpus Juris Civile) . ولم يكن مستغربا بعد ذلك أن يصبح القانون الرومانى ، وهو على هذه الصورة من الإيجاز والوضوح والانسجام ، أصلا لكل القوانين الأوربية .

١٥١ — القانون الانجليزى :

القانون الإنجليزى يستعصى عادة على التقنين ، فإن مصدره الأساسى القضاء ، والقضاء لا يقنن لأنه فى تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين فى القضاء تجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن القانون الإنجليزى قد قنن فى بعض أجزائه ، كما فى القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالأوراق المالية وبالشركات .

وقد حدثت محاولات فردية من بعض علماء الأنجليز أريد بها تجميع القانون ، مثل كتاب ستيفن (Stephen) فى قانون العقوبات ، ودايسى (Dicey) فى القانون الدولى الخاص . ولكن هذا ليس تقنيناً رسميا وإن أمكن اعتباره خطوة فى سبيل التقنين .

١٥٢ — الشريعة الاسلامية :

أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقننة ، إلى أن أصدر الأتراك تقنينهم المشهور فى « المجلة » ، ولا تزال المجلة مطبقة فى بعض البلاد العربية ، كالعراق

وسوريا . وقد قنن المرحوم قدرى باشا الشريعة الإسلامية تقنيناً غير رسمى فى كتبه المعروفة ، مرشد الحيران فى المعاملات والأحوال الشخصية والوقف .

١٥٣ — القانون الفرنسى القديم :

وقد بدأت حركة التقنين فى فرنسا فى عهد الملك شارل السابع فى أواسط القرن الخامس عشر ، بقصد توحيد فرنسا تشريعيا ، واستمرت هذه الحركة فى عهد لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر تحت تأثير كلبير (Colbert) وداجسو (Dagesseau) ، فصدرت عدة قوانين فى شكل أوامر ملكية . وما جاءت الثورة الفرنسية إلا كان فى فرنسا قانون لتحقيق الجنايات صدر سنة ١٦٧٠ ، وقانون التجارة فى سنة ١٦٧٣ ، وقانون الهبات فى سنة ١٧٣١ ، فكان ذلك خطوة نحو التقنين .

§ ٢ — التقنينات الحديثة

١٥٤ — (أولا) فى البلاد الغربية :

عقب الثورة الفرنسية أريد تجميع القانون لكى يضم شتات الأحكام ويسرى على جميع أجزاء الجمهورية ، فقدم مشروع إلى الجمعية الوطنية ، وتلا ذلك عدة مشروعات ، كان نصيبها كلها الفشل . وفى سنة ١٨٠٠ شكل نابليون لجنة مكونة من أربعة من العلماء (Bigot du Préameneu و Portalis و Malville و Pronchet) لتحضير مجموعة القانون المدنى . وبفضل إصرار نابليون ورغبته فى إتمام مشروعه قدر لفكرته أن تنجح ، وصدرت المجموعة فى سنة ١٨٠٤ باسم

قانون نابليون (Code Napoléon)[١] فكان ذلك فاتحة عهد جديد للتقنين .

وقد وفقت المجموعة بين القوانين السائدة فى عهد الملكية و بين الأفكار والنزعات التى ولدتها الثورة ، فهى قد حافظت على وصل الحاضر بالماضى دون أن تغفل التغيرات التى استلزمها تطور الأفكار الجديدة . ولعل لتأخر صدورها قليلا فائدة كبرى فى هذا الخصوص ، إذ كان قد مضى على بدء الثورة خمسة عشر عاما هدأت فى أثنائها النفوس واستقرت الأمور نوعا ، ولذلك خلا هذا التشريع الجديد من كل نزعة ثورية عنيفة . ولا أدل على هذا الاتصال التاريخى من أن معظم نصوص هذه المجموعة مستقى من كتب الفقيهين الفرنسيين الذائعى الصيت (Domat و Pothier) . وقد مر على مجموعة نابليون قرن ونصف قرن وهى باقية لم تغير ولم تدخل عليها إلا تعديلات اقتضاها تغير الظروف ، ولكنها تعتبر تعديلات طفيفة ، ولكن يجب ألا ننسى هنا فضل المحاكم والشراح ، إذ أنهم عملوا دائما على جعلها تساير الحاجات الاجتماعية والاقتصادية . وقد آن الوقت لأن تراجع مرة ثانية ، وهذا هو ما يحدث الآن[٢] .

وقد كان لنشر قانون نابليون أثر سحرى على أغلب مشرعى البلاد الأخرى ، الذين وجدوا فيه كتاباً سهل العبارة واضحاً سليماً من التناقض وموحداً لفرنسا من الوجهة التشريعية ، فقاموا ينسجون على منواله[٣] ، فتلا التقنينات الفرنسية التقنين النمساوى فى سنة ١٨١١ ، والتقنين الإيطالى فى سنة ١٨٦٥ ، والتقنين

---

(١) وصدرت بعد التقنين المدنى تقنينات أخرى فى قانون المرافعات فى سنة ١٨٠٦ ، وفى القانونين التجارى والبحرى فى سنة ١٨٠٧ ، وفى قانون الإجراءات الجنائية فى سنة ١٨٠٩ ، وفى القانون الجنائى فى سنة ١٨١٠ . ثم قنن فى العهد الأخير فروع أخرى للقانون الفرنسى ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعى .

(٢) فقد صدر فى يونيه سنة ١٩٤٥ مرسوم بتأليف لجنة برياسة الأستاذ جوليودى لاموراندير عميد كلية الحقوق بجامعة باريس لتعديل القانون المدنى الفرنسى .

(٣) أو ينقلون عنه كما حدث فى مصر واليابان الخ .

العثمانى (المجلة) فى سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٨٨١ ، والتقنين الألمانى فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى الالتزامات فى سنة ١٩١٢ ، وغيرها من التقنينات .

١٥٥ — (ثانياً) فى البلاد الشرقية :

واقتفت البلاد الشرقية أثر أوربا فى التقنين ، فصدر التقنين الهندى الجنائى فى سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية فى سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، والتقنين السودانى الجنائى فى سنة ١٨٩١ . وصدر فى القرن الحاضر التقنين اليابانى ، والتقنين الصينى ، والتقنين العراقى فى العقوبات وفى المرافعات الجزائية .

§ ٣ — التقنينات المصرية

١٥٦ — لم تكن مصر تعرف تقنيناً صحيحاً قبل عهد الإصلاح القضائى ، ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالاً قضائياً عن دولة الخلافة . والتقنين فى مصر جاء تابعاً لحركة إنشاء المحاكم ، فكلما أنشئ نوع نظامى من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التى يطبقها . وقد بدأت هذه الحركة بإنشاء المحاكم المختلطة ، فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لائحة عدلت بعد ذلك غير مرة ، ثم أنشئت المحاكم الأهلية فوضعت التقنينات الأهلية ، وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لائحة تلتها لائحة أخرى ، ثم قانون فى سنة ١٩٤٧ . ونتكلم فى هذه التقنينات المختلفة باختصار .

١٥٧ — التقنينات المختلطة :

كان أول التقنينات المصرية إذن هى التقنينات المختلطة . فإن الخديوى إسماعيل عندما فكر فى إصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بإنشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على إنشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ، كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنينات تؤخذ من التقنينات الفرنسية ، إذ أن هذه التقنينات كانت فى ذلك العهد أقرب تناولاً وأبعد شهرة وأقرب إلى التطبيق على الجاليات الأجنبية فى مصر من سائر التقنينات . فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين فى مصر ، الأستاذ مونورى (Monori) ، وكان سكرتيراً له وسكرتيراً للجان الدولية التى انعقدت فى القاهرة لتحضير لائحة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية ، فوضع التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، وأخذها كلها عن التقنينات الفرنسية ، مع إيجاز يصل فى بعض الأحيان إلى حد الاقتضاب ، وقد أخذ فى بعض المسائل بأحكام الشريعة الإسلامية كما فى الشفعة وفى بيع المريض مرض الموت وفى بعض مسائل البيع والإيجار كما سبقت الإشارة إلى ذلك . وقد تم وضع التقنينات المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وظلت مطبقة — وإن أدخلت عليها بعض تعديلات — حتى ألغيت بإلغاء المحاكم المختلطة فى ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

١٥٨ — لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة إصلاح قضائى واسعة المدى فى مصر . فبعد إنشاء المحاكم المختلطة فكر أولو الأمر فى إعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لائحة سنة ١٨٨٠ ، ثم حلت مكانها

لائحة أخرى فى سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثالثة صدرت فى سنتى ١٩٠٩ و ١٩١٠ ، وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات فى بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان فى سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به إلى الآن .

ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، هى فى أساسها تقنين لإجراءات المرافعات التى يجب اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن قانون المرافعات الذى تطبقه المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة ، وهذا القانون مأخوذ من القانون الفرنسى كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن ، عدا إجراءات المرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعى هو التقنين المدنى لا تقنين المرافعات .

وفى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٣٦ صدر قرار مجلس الوزراء بتشكيل لجنة من بعض كبار العلماء لوضع قانون شامل لمسائل الأحوال الشخصية ، يستقى من المذاهب الأربعة ، بحيث يؤخذ من كل مذهب ما هو أصلح للناس وأقرب لروح العصر . وقد بدئ بتنظيم الأسرة من الناحية المالية ، فصدر قانون الميراث (قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) ، وقانون الوقف (قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦) ، وقانون الوصية (قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) .

١٥٩ — التقنينات الأهلية :

وقد دعا إنشاء المحاكم المختلطة ولاة الأمر إلى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التى نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها فى سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة[1] لوضع التقنينات الأهلية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ،

---

(١) كان رئيسها حسين فخرى باشا ، ومن أعضائها قاشير النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة ، وموريوندو الإيطالى ، ولو الإنجليزى ، وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالى باشا ، وكان وكيل نظارة الحقانية .

ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف (فاشير) بوضع التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، و (موريوندو) بوضع التقنين المدنى وتقنين المرافعات ، ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣ ، واستمرت معمولاً بها حتى استبدل بها قانون نظام القضاء (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) . وصدرت التقنينات الأهلية بعد ذلك ، التقنين المدنى فى أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، وبقية التقنينات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والإجراءات الجنائية) فى نوفمبر سنة ١٨٨٣ ، وافتتحت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ .

وقد يعجب الباحث كيف أن قانوناً أجنبياً دخل مصر طفرة واحدة مع أن أنصار المدرسة التاريخية يقررون أن القانون ليس إلا نبت البيئة وثمرة التطور . ولكن هذا العجب يخف كثيراً إذا لاحظنا ما يأتى :

(أولا) لم يمس المشرع المصرى الأحكام القانونية الأكثر اتصالاً بالشخص والبيئة والمعتقدات الدينية ، فترك مسائل الأحوال الشخصية للمحاكم الشرعية وللمجالس الملية .

(ثانيا) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طفرة واحدة كما يظن لأول وهلة ، فمن عهد محمد على — وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك — كانت القوانين الفرنسية تتسرب إلى مصر ، لا سيما فى المسائل التجارية ، فضلا عن أن احتكاك الأجانب بالمصريين من عهود طويلة جعل قبول المصريين لقانون أجنبى أمراً ممكناً ، على أن المشرع المصرى رجع فى بعض المسائل المدنية إلى الشريعة الإسلامية . هذا إلى أنه لا يوجد تنافر بيّن فى المعاملات بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

(ثالثا) يجب ألا ننسى فضل المحاكم المصرية ، إذ لم تلبث هذه المحاكم ، على قدر طاقتها ، أن طبعت القوانين المستوردة من الخارج بالطابع المصرى ، وحورتها

حتى أصبحت ملائمة لظروفنا الاجتماعية فى كثير من النواحى .

وأول تقنين نقح من التقنينات الأهلية هو التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، وكان ذلك فى سنة ١٩٠٤ ، ثم فى سنة ١٩٣٧ عند ما أريد توحيد القانون (الأهلى والمختلط) عقب اتفاقية مونترو .

ولم يتناول التنقيح التقنينات الأخرى ، على ما فيها من عيوب ، إلا فى العهد الأخير ؛ فصدر تقنين جديد للمرافعات المدنية والتجارية فى ٣ من يوليه سنة ١٩٤٩ ، وقبل ذلك بقليل صدر التقنين المدنى الجديد فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ . ونظراً لأهمية التقنين المدنى البالغة فى نطاق المعاملات المدنية ، وفى نطاق العلوم القانونية بوجه عام « باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد ولسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق الأكبر من هذه الروابط »[1] ، فإنا نشير فى إيجاز إلى المراحل التى مر بها هذا التقنين :

شعر المشتغلون بالقانون من رجال العلم والعمل بعد صدور التقنين المدنى المصرى (مختلط فى ١٨٧٦ وأهلى فى ١٨٨٣) بحاجة هذا التقنين إلى تعديل كثير من أحكامه ، وذلك بسبب الظروف التى وضع فيها هذا التقنين والمصادر التى استمد منها أحكامه[2] .

وقد بدأت الجهود فى هذا السبيل منذ سنة ١٩٣٦ (٢٧ فبراير) عند ما شكلت أول لجنة برياسة المرحوم مراد سيد احمد باشا ، ثم حلت محلها فى السنة ذاتها (نوفمبر) لجنة ثانية برياسة المرحوم كامل صدقى باشا .

---

(١) من تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(٢) راجع النبذة التاريخية التى صدرت بها مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول .
وراجع لمعرفة عيوب التقنين المدنى القديم مقالا للأستاذ السنهورى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ، العدد الأول ص ٣ — ١٤٤ .

وفى شهر يونيه سنة ١٩٣٨ أسندت مهمة تنقيح القانون المدنى — بعد أن تبين فشل تجربة اللجان وأفضلية إسناد هذه المهمة إلى أحد رجال القانون البارزين — إلى الأستاذين عبد الرزاق السنهورى باشا والمسيو لامبير .

وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع وعرض للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات .

وفى مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برياسة السنهورى باشا وعضوية أربعة من كبار رجال القانون لمراجعة القانون فى ضوء ما قدم عنه من الملاحظات والآراء لوزارة العدل . وأنجزت اللجنة مهمتها فى نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وعرض المشروع على المجلسين ، وبتاريخ ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره ، ونشر بالجريدة الرسمية فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨ ، على أن يكون بدء العمل به اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو اليوم الذى يبدأ فيه القضاء الوطنى يبسط ولايته على سكان البلاد أجمعين .

١٦٠ — لائحة ترتيب المجالس الحسبية :

ولما ألغى « بيت المال » نظمت المجالس الحسبية ، وصدرت لائحتها سنة ١٨٩٦ وقد عدلت هذه اللائحة مراراً ، ولكن التعديل الجوهرى تم فى سنة ١٩٢٥ . وبه وضعت النواة لتوحيد القضاء فى الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعاً ، دون نظر إلى اختلاف الدين ، فقد أصبحت لائحة المجالس الحسبية واختصاص هذه المجالس يمتد إلى كل المصريين فى مسائل الأهلية والوصاية والحجر .

وقد استمر العمل بتلك اللائحة حتى صدر قانون جديد فى ١٩٤٧ ، ألغى تلك اللائحة والقوانين المعدلة لها ، واستبدل بالمجالس الحسبية محاكم حسبية ، تطبق هذا القانون ، كما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينسخه نص فى القانون الجديد .

المبحث الثانى

تطبيق التشريع

١٦١ — نتكلم فى تطبيق التشريع من حيث المكان ، ومن حيث الزمان . وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع فى تطبيقه من حدود إقليمية ، فنرى إلى أى حد يمتد سلطان القانون على جميع القاطنين لأرض الدولة ، أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيبين مدى ما يتناوله التشريع فى تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يتناول الماضى فيكون له أثر رجعى أو لا .

الفـــرع الأول

تطبيق التشريع من حيث المكان

نتكلم أولاً فى تطبيق التشريع من حيث المكان على العموم ، وثانياً فى تطبيق التشريع فى مصر .

المطلب الأول

تطبيق التشريع على العموم

١٦٢ — القاعدة الأساسية هى إقليمية التطبيق :

القاعدة الأساسية هى أن التشريع — والقانون بوجه عام — يطبق تطبيقاً إقليميا فيسرى على جميع القاطنين فى أرض الدولة ، سواء كانوا وطنيين أوأجانب ،

كما أن سلطان القانون يقف عند حدود إقليمها لا يتعداها إلى الخارج[1] . وفى داخل حدود الدولة لا يوجد سوى نوع واحد من المحاكم هو الذى يطبق القانون . وتطبيقاً لهذه القاعدة نرى القانون الفرنسى مثلا يطبق على جميع القاطنين فى البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة فى فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية وطبق عليه القانون الجنائى الفرنسى ، سـواء كان فرنسيا أو أجنبيا ، ومن صدر منه تصرف مدنى أو تجارى ونشأ عنه نزاع طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية وطبق القانون المدنى أو التجارى الفرنسى ، سواء كان الخصوم وطنيين أو أجانب .

ولـكن هذه القاعدة ، وهى نتيجة طبيعية لسيادة الدولة فى إقليمها ، لا يمكن أن تتبع على إطلاقها ، لا سيما بعد انتشار التجارة الدولية وتبادل الحاصلات والمنافع بين الدول ، فقد أدى الأمر ، ابتداء من القرن الثالث عشر ، إلى التساهل نوعا فى تطبيق هـذه القاعدة ، والسماح بتطبيق القانون الأجنبى فى بعض الأحوال ، (أى قانون الشخص) ، وهكذا وجدت إلى جانب قاعدة إقليمية التطبيق ، وهى الأصل ، قاعدة شخصية التطبيق ، وهى الاستثناء .

وظاهر أنه لو طبقت قاعدة إقليمية التطبيق (Territorialité de La Loi)

---

(١) وهذا لا يمنع من وجود الاستثناءات الآتية :

(ا) ما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص ، على ما سنرى ، وإن كان تطبيق القانون الأجنبى إنما يتم بأمر المشرع الوطنى .

(ب) ما يقضى به القانون الجنائى فى كثير من البلاد من امتداد سلطانه إلى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما إذا كانت الجريمة ضد أمن الدولة أو ضد نقدها ، وكما إذا كان مرتكب الجريمة وطنيا ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقباً عليها فى البلاد التى ارتكبت فيها ولم توقع عليه عقوبة فى هذه البلاد .

(ج) كما أن هناك بعض قوانين لا تطبق إلا على الوطنيين دون الأجانب ، إما لأنها تتضمن مزايا سياسية ، كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين كالخدمة العسكرية .

تطبيقاً مطلقاً لما قام تنازع بين قانون الإقليم وقانون الشخص ، ولما احتجنا بالتالى لما يسمى بالقانون الدولى الخاص .

أما وقد وجدت القاعدتان (محلية القانون وشخصية القانون) جنباً إلى جنب، فلم يكن ثم مناص من أن ينشأ التضارب بين القوانين ، ولم يكن بد من أن يقوم علم جديد ، هو القانون الدولى الخاص لحل ما قد يثور من تنازع القوانين ، وستأتى الإشارة إلى القانون الدولى الخاص فى الباب الثالث .

ولنشر باختصار إلى تاريخ تنازع القوانين :

كان القانون الرومانى فى روما لا يطبق إلا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصياً ، لا إقليميا ، ثم لما اتسعت الإمبراطورية الرومانية وأصبح القانون الرومانى يتكون من قانون رومانى يسرى على الرومانيين وقانون الشعوب يسرى على الأجانب ، صار التطبيق إقليميا ، وطبق القانون الرومانى بشطريه على جميع القاطنين فى حدود الإمبراطورية . ولما تمزقت الإمبراطورية الرومانية وانقسمت إلى دول مستقلة رجع التطبيق شخصيا ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الرومانى يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على أفرادها ، فإذا كان الخصوم فى قضية لا ينتمون إلى بلد واحد طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الرومانى ، وتوحدت القوانين فى البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون إقليميا كما كان ، وأصبحت هذه هى القاعدة فى الوقت الحاضر .

وقد كانت إيطاليا — وهى البلاد التى ازدهرت فيها التجارة وما استتبعه ذلك من نزوح خارج الديار وما قد يؤدى إليه من تزاوج واختلاط بأفراد الدول الأخرى — أسبق البلاد إلى الشعور بوطأة قاعدة إقليمية التطبيق وبالرغبة فى التخفيف من شدتها ، وأن المصلحة والعدالة يقتضيان بالسماح بتطبيق قانون

الشخص فى مسائل الأحوال الشخصية ، وهى المسائل الأثيرة لدى الشخص ، ولو كان خارج بلاده ، على أن تعامل كل دولة رعايا الدولة الأخرى بالمثل . وكان ذلك بداية للتنازع بين قانون الأقليم وقانون الشخص ، وقد اجتهد فقهاء إيطاليا ، منذ أواخر القرن الثالث عشر ، فى أن يضعوا الحلول لتنازع القوانين ، تلك الحلول التى استقرت فيما بعد وأنشأت ما يسمى بالقانون الدولى الخاص .

على أنا نلاحظ أن قاعدة إقليمية التطبيق لم تضطرد فى مختلف البلاد ، فإن كثيراً من البلاد الشرقية تغلب عليها قاعدة شخصية التطبيق ، كما يلاحظ ذلك فى الهند والصين وسيام و بلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية ، فيطبق قانون الدين فى الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية فى المسائل الجنائية و بعض المسائل المدنية والتجارية . على أن النزعة الحديثة فى البلاد الشرقية هى تغليب التطبيق الإقليمى للقانون ، جريا على سنن المدنية الحديثة ، واتباعاً لما تقتضيه سيادة كل دولة فى بلادها . وقد سبقت إلى ذلك اليابان ثم تلتها تركيا ثم إيران وأخيراً مصر بعد اتفاقية إلغاء الامتيازات الأجنبية ، على ما سنراه .

و إتماماً للبحث نشير فيما يلى إلى نظرية حديثة هى نظرية شخصية القوانين .

١٦٣ — نظرية شخصية التطبيق (أو النظرية الإيطالية الحديثة) :

ترى نظرية التطبيق الشخصى (Personnalité de la Loi) أن القانون يجب أن يطبق تطبيقاً شخصياً ، لأن القوانين وضعت فى الأصل لتسرى على أشخاص معينين ، فيجب أن يخضعوا للقانون الذى وضع من أجلهم أينما كانوا ، ولا يُعدل عن هذا الأصل إلا إذا كان للدولة مصلحة ظاهرة فى عدم تطبيق قانون الشخص ، كما فى حالة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب . ويبرر أنصار هذه النظرية رأيهم بأن الدولة أصبحت لا تظهر فى شكل سيادة إقليمية تنقد كل

نفوذ لها خارج حـدودها ، بل هى تمثل أمة ، أى جماعة من الناس . فالأشخاص — لا الإقليم — تأخـذ المكان الأول ومن أجلهم وضعت القوانين ، أما الإقليم فليس سوى شرط مادى للدولة ، أو بعبارة أخرى ، ليس سوى محل إقامة للأمة .

ومهما يكن أمر الأساس الذى قام عليه هذا المذهب فإن النتائج التى وصل إليها أنصاره هى بعينها تقريباً النتائج التى تترتب فى ظل قاعدة إقليمية التطبيق . فكلاهما يترك لقانون الإقليم ما يتصل بالبوليس والأمن واستعمال الحقوق العامة وتنظيم الملكية العقارية ، ولا يكاد يظهر خلاف بينهما إلا فى مسائل الميراث . فبحسب النظرية الحديثة يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى ، لأن الميراث متصل بشخص الإنسان أكثر من اتصاله بالمال ، وأما وفق القاعدة الأخرى فإن الميراث ، لاسيما إن تعلق بعقار ، يخضع لقانون الإقليم .

المطلب الثانى

تطبيق القانون فى مصر

---

١٦٤ — اختلاف مصر عن غيرها من البلاد :

نظراً لظروف مصر الخاصـة حيث تتعدد فيها جهات القضاء كما تتعدد فيها القوانين التى تحكم روابط القاطنين فى أرضها ، فإن قاعدة إقليمية التطبيق لا تسود فى مصر كما سادت فى غيرها من البلاد ، بل صار المجال فيها واسعاً لتطبيق القانون تطبيقاً شخصياً . وقد ساعد على ذلك عاملان : عامل الامتيازات الأجنبية (وقد انتهت) التى جعلت للأجانب محاكم خاصة تطبق عليهم قوانين بلادهم ، وعامل

الامتيازات الطائفية الذى اقتضى ألا يخضع المصريون ، بسبب اختلاف الدين ، لقانون واحد ومحاكم واحدة فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية .

بيد أن الوضع قد تغير بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية وصار التطبيق إقليمياً ، وبقى الحال كما هو بالنسبة للامتيازات الطائفية .

ونتكلم فى الامتيازات الأجنبية للتاريخ فقط ، ثم فى الامتيازات الطائفية .

§ ١ – الامتيازات الأجنبية قبل وبعد اتفاقية مونترو (١)

١٦٥ – قبل اتفاقية مونترو :

كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل إنشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع المصرى لا يطبق على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبى لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت قنصليته هى المختصة فى المسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية ، فإذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هى المختصة . فالقانون كان إذن شخصى التطبيق ، إذ كان القانون المصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن الذى قضت به الامتيازات الأجنبية فى مصر لم تكن تقضى به فى البلاد العثمانية ، وهى البلاد التى امتدت إلينا منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجهين :

---

(١) يكتفى الطالب بمجرد القراءة .

(١) كان الأمر فى تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق إذا كان أحد الخصوم عثمانياً ، حتى لو كان مدعياً والمدعى عليه أجنبياً ، والمحكمة المختصة فى هذه الحالة هى المحكمة العثمانية . أما فى مصر فقد اضطربت القاعدة بحكم العادات المرعية لا بحكم المعاهدات ، وصارت قنصلية المدعى عليه هى المختصة إذا كان أجنبيا ، حتى لو كان المدعى مصرياً .

(٢) كانت المسائل العقارية ، من حيث التشريع والضرائب والاختصاص القضائى ، خارجة عن نطاق الامتيازات الأجنبية . ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات فى البلاد العثمانية ، ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر فى سنة ١٨٦٧ ، على أن يكونوا خاضعين فى العقارات التى يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها . أما فى مصر فقد سمح للأجنبى بتملك العقار بحكم العرف ، ثم أصبح يتمتع بامتيازاته فى تملكه للعقار بحكم العرف كذلك ، وكان الواجب أن يخضع الأجنبى فى مصر فى الشئون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها ، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة إلى موافقة الدول صاحبات الامتياز .

على أن شيئا من ذلك لم يكن ، بل إن نوبار عند ما فاوض الدول فى تعديل الامتياز فاوضهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات[١] ، وتقدم إليهم بمشروع يقضى بإنشاء محاكم مختلطة ، تنتقل إليها اختصاصات المحاكم القنصلية فى المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجانب وقضاة مصريين ، ويكون للأجانب الأغلبية . وقد عقدت لجان دولية متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت الدول ذوات الامتياز فى الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالى على دخول مصر فى مفاوضات مع الدول الأجنبية ، وقامت

---

(١) وإن أنكر ذلك عليهم فى مذكراته .

عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن إسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح إسماعيل خزائن المال ، وانتهى الأمر إلى أن الدول وافقت على إنشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل إليها اختصاص المحاكم القنصلية فى المسائل المدنية والتجارية (إلا إذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائى فيبقى للمحاكم القنصلية إلا فى المخالفات .

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتى .

(١) المسائل المدنية والتجارية إذا كان الخصوم فيها مختلفى الجنسية .

(٢) المسائل العقارية إذا كان أحد الخصمين أجنبيا حتى لو كان الخصم الآخر من نفس الجنسية .

(٣) المخالفات التى تقع من الأجانب .

وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتى :

(١) المسائل المدنية والمسائل التجارية إذا كانت غير عقارية ، وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية فى غير المخالفات (الجنح والجنايات) .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع فى اختصاصها والانتقاص من اختصاص المحاكم الأهلية ما استطاعت إلى ذلك سبيلا . ويكفى أن نورد مثلين للتدليل على ذلك : (**المثل الأول**) أدخلت المحاكم المختلطة فى اختصاصها كل أجنبى ، ولو لم يكن منتمياً لدولة من الدول ذوات الامتياز ، مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على رعايا تلك الدول . أما فيما يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فإن الأمر يرجع إلى نصابه

ويكون التشريع المصرى (الأهلى) واختصاص المحاكم المصرية (الأهلية) ساريا عليهم طبقاً لقاعدة التطبيق الإقليمى : وعبثاً حاول المشرع المصرى أن يؤكد هذا المعنى بإدخاله تعديلا فى صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فى سنة ١٩٢٩ ، بأن جعل الفقرة الأخيرة منها تنص على ما يأتى : « ويشمل الاختصاص المدنى والجنائى للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائها فى كل المواد الداخلة فى اختصاصها أو فى بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ، فإن المحاكم المختلطة أبت إلا المضى فى طريقها ، وبقيت تمد اختصاصها إلى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(**المثل الثانى**) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها إلى حد كبير بفضل نظرية « الصالح المختلط » (L'Interêt Mxite) . والأصل فى هذه النظرية نص ورد فى المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن عقارى لمصلحة أجنبى على عين عقارية ، أياً كان مالكها أو واضع اليد عليها ، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هذا الرهن وفى جميع نتائجه ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فاتخذت المحاكم المختلطة من هذا النص أساساً لمد اختصاصها إلى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها . من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير إذا كان المحجوز لديه أجنبياً ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصريا . ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان من بين المساهمين أجنبى ، بل إنها اعتبرت المجلس البلدى لمدينة الأسكندرية خاضعا لاختصاصها ، مع أن هذا المجلس إدارة مصرية ، وقد نص فى قانونه الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، وبنت دعواها على أن هذا المجلس يدير مصالح أجنبية .

هذا بالنسبة للاختصاص ، أما بالنسبة للتشريع فقد كان التشريع المصرى

لا يسرى على الأجانب ، حتى بعد إنشاء المحاكم المختلطة ، إلا إذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه ، فكان التشريع إذن شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة فى سنة ١٩١٢[١] ، بأن رضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى على الأجانب بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (وينضم إلى الجمعية العمومية قضاة ينتمون إلى دول غير ممثلة فى هذه الجمعية) ، وذلك فيما عدا لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى (الضرائب) ، فالتعديل فى شىء من ذلك لا يسرى على الأجانب إلا بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هذا هو مجمل الحال فى مصر قبل اتفاقية إلغاء الامتيازات الأجنبية من قصور التشريع والقضاء المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبى فى مصر كان يتمتع بامتيازات تجعله فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما الأجنبى فى البلاد الأخرى لا يمكن أن يرتفع إلى مكان الوطنى . وكانت المحاكم المختلطة تصون امتيازات الأجانب وتقويها . وقد فرض أجل هذه المحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر إلى أنها تبقى ، حتى إذا أرادت الحكومة المصرية إلغاءها ، فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بإلغائها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ إلى ما كانت عليه قبل إنشاء المحاكم المختلطة .

وقد كانت مسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة ، وشغلت مكاناً كبيراً فى المفاوضات التى دارت بين مصر وإنجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر ، وقد أجمعت المشروعات المختلفة التى انتهت إليها المفاوضات على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة» .

(١) انظر هامش ص ١٨٦ من هذا الكتاب .

١٦٦ — بعد اتفاقية مونترو :

ألغت اتفاقية مونترو الامتيازات الأجنبية فيما يتعلق بالتشريع ، وأصبحت السلطة التشريعية فى مصر طليقة من كل قيد[١] فى التشريع للمصريين والأجانب ، ولم تعد هناك حاجة لموافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة لسريان التشريعات المصرية على الأجانب ، وبذلك تحقق لمصر ما كانت تصبو إليه ، وأصبح القانون فيها إقليمى التطبيق .

أما فيما يتعلق باختصاص المحاكم ، فقد قضت هذه الاتفاقية بتحديد فترة انتقال بدأت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ وتنتهى فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى لمدة اثنتى عشرة سنة . وبعد انقضاء هذه الفترة تلغى الامتيازات الأجنبية إلغاء تاما[٢] ، ولا يعود فى مصر إلا قانون واحد هو القانون المصرى ، ومحكمة واحدة هى المحكمة المصرية يخضع لها كل المقيمين فى مصر ، كما هو الشأن فى البلاد الغربية .

أما فى أثناء فترة الانتقال ، فقد تم الاتفاق على أن تنقل اختصاصات المحاكم القنصلية إلى المحاكم المختلطة (فيما عدا الأحوال الشخصية بالنسبة للدول التى تختار ذلك ، فتبقى محاكمها القنصلية مختصة بقضايا الأحوال الشخصية بالنسبة لرعاياها) .

وترتب على ذلك أن المحاكم المختلطة أصبحت مختصة فيما يأتى :

---

(١) « مع مراعاة مبادىء القانون الدولى يخضع الأجانب للتشريع المصرى فى المواد الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والمالية وغيرها . ومن المفهوم أن التشريع الذى يسرى على الأجانب لن يتنافى مع المبادىء المعمول بها على وجه العموم فى التشريع الحديث ولن يتضمن فى المسائل المالية على الخصوص تمييزاً مجحفاً بالأجانب أو الشركات المؤسسة وفقاً للقانون المصرى ، والتى يكون فيها للأجانب مصالح جدية » المادة الثانية من اتفاقية مونترو .

(٢) « وفى التاريخ المشار إليه فى الفقرة الأولى (١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩) تحال كل الدعاوى المنظورة أمام المحكمة المختلطة بالحالة التى تكون عليها إلى المحاكم الأهلية بدون مصاريف لاستمرار النظر فيها إلى أن يفصل فيها نهائياً » المادة الثالثة من اتفاقية مونترو .

(أولا) القضايا المدنيـة والتجارية فيما بين المصريين والأجانب أو فيما بين الأجانب بعضهم مع البعض الآخر . ويجدر أن نشير هنا إلى مسائل ثلاث من شأنها أن تضيق من اختصاص المحاكم المختلطة لمصلحة المحاكم الأهلية :

(المسألة الأولى) قضت اتفاقية مونترو على نظرية الصالح المختلط التى كانت السبب الرئيسى فى توسيع اختصاص المحاكم المختلطة توسيعاً لا مبرر له ، كما سبقت الإشارة .

(المسألة الثانية) حددت الاتفاقية « الأجنبى » بأنه أحد رعايا الدول ذوات الامتياز دون غيرهم من رعايا الدول الأخرى .

(المسألة الثالثة) أصبح من الممكن أن يقبل الأجنبى اختصاص المحاكم الأهلية فيتقاضى أمامها ، وقد كان ذلك ممنوعاً من قبل .

(ثانيا) قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إذا لم تختر دولهم إبقاء اختصاص المحاكم القنصلية فى هذه القضايا .

(ثالثا) القضايا الجنائية ، وهذا هو أهم تعـديل أتت به اتفاقية مونترو من حيث اختصاص المحاكم ، فقد نقلت اختصاصات المحاكم القنصلية فى المسائل الجنائية جميعها إلى المحاكم المختلطة ، وأصبح كل الأجانب فى مصر يحاكمون أمام هذه المحاكم الأخيرة ، لا فى المخالفات فحسب كما كان الأمر من قبل ، بل فى الجنح والجنات كذلك[1] .

---

(١) هذا فيما يتعلق بالاختصاص ، أما فيما يتعلق بتشكيل المحاكم المختلطة فقـد قوى فيها العنصر المصرى وذلك من وجهين :

(أولا) سمح بزيادة عدد القضاة المصريين فى المحاكم الابتدائية تدريجا إلى أن يصبح عددهم ثلثى مجموع القضاة فى هذه المحاكم بعد أن كان محدوداً بالثلث .

(ثانيا) أصبح للقضاة المصريين الحق فى رئاسة ووكالة المحاكم الابتدائية ورئاسة الدوائر المختلفة فى هذه المحاكم ، بل أصبح من الواجب أن يكون رئيس كل محكمة ابتدائية من المحاكم الثلاث أو وكيلها مصريا . والقاعدة التى تقررت فى اتفاقية مونترو أنه إذ كان رئيس المحـكمة =

وإذ انتهت فترة الانتقال المنوه عنها فى ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فقد انتهت بانتهائها المحاكم المختلطة ، فتقلص بذلك آخر ظل من ظلال نظام الامتيازات الأجنبية ، واسترد القضاء الوطنى — بعد أن سبقه المشرع الوطنى فى سنة ١٩٣٧ إلى استرداد سيادته — ولايته ، وأصبح القانون واحداً والمحكمة واحدة بالنسبة لجميع من تقله أرض مصر (فيما عدا الأحوال الشخصية بداهة) .

§ ٢ — الامتيازات الطائفية

١٦٧ — أساس الامتيازات الطائفية الدين :

توجد فى مصر امتيازات طائفية ، أساسها اختلاف الدين بين المصريين . وإذا كان التشريع المصرى والقضاء المصرى لا يمتدان إلى الأجانب قبل اتفاقية إلغاء الامتيازات ، فإن المصريين أنفسهم كانوا ولا يزالون غير خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة . وإذا كانت المحاكم الأهلية والمحاكم الحسبية تُخضع لقضائها ولتشريعها كل المصريين فى دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، ومسائل الأهلية والحجر ، ففى بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد ولقانون واحد . فالدين فى مصر سبب فى تعدد جهات القضاء وفى تعدد القوانين ؛ المسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية وللشريعة الإسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها ولقانون هذا المجلس [١] .

= الابتدائية أجنبيا وجب أن يكون وكيلها مصريا ، وإذا كان الرئيس مصريا وجب أن يكون الوكيل أجنبيا .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فبقيت على حالها من حيث التشكيل ، وبقى العنصر المصرى فيها كما هو دون زيادة طوال فترة الانتقال ، إلا أنه تقرر أن يكون وكيلها مصريا مع بقاء الرئاسة للأجنبى .

(١) فهناك البطركخانات للطوائف المختلفة للأقباط والكاثوليك والأرمن والموارنة وحاخامخانات للاسرائليين الربانيين وأخرى للاسرائيليين القرائين .

فالقانون المصرى شخصى التطبيق يختلف باختلاف الدين . وإذا كان من الواجب جعل القانون إقليمياً بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله إقليمياً بالنسبة للمصريين أنفسهم . والإصلاح القضائى ، الذى خطا الخطوة الكبرى بإلغاء الامتيازات الأجنبية ، يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة بالنسبة للمصريين فى كل شئونهم .

١٦٨ — كيف يتوحد القانون والمحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية :

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية ، يجدر بالمشرع المصرى أن يسير فى هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل إلى ما وصل إليه فى مسائل الأهلية والحجر ، فقد وحد فيها القانون فى قانون المحاكم الحسبية ، ووحدت فيها المحكمة بإنشاء هذه المحاكم ، وأصبح المصريون جميعاً خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقى من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر .

ونرى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول إلى التوحيد المنشود ثلاثاً :

(أولا) يحد المشرع المصرى من اختصاص المجالس الملية ، بإرجاعها إلى اختصاصها الأصلى قبل أن تتوسع فيه . فإن هذه المجالس لم يكن لها إلا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية ، فتقتصر إذن فى اختصاصها القضائى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى ، كالمواريث والوصايا والهبات وغيرها ، فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، إذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية ، ومتى حدد اختصاص المحاكم الملية

تحديداً دقيقاً ، فإنه يجب سن قانون عام لهـذه المحاكم ينظمها ويبين الإجراءات التى تتبع أمامها .

(ثانيا) متى خلص للمحاكم الشرعية هـذا الاختصاص الواسع فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعى يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يفضل مذهب على آخر إلا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدنية هذا العصر ولظروف البيئة المصرية .

(ثالثا) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة فى توحيـد القضاء . متى تهيأ لمصر محاكم منظمة فى الأحوال الشخصية ، هى المحاكم الشرعية والمحاكم الحسبية والمحاكم الملية ، فإن من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم فى نظام قضائى واحد ، وتنضم إليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هـذه المحاكم المتعددة المتغايرة إلى دوائر فى محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . وبذلك يصبح قضاء هـذه المحكمة قضاء إقليميا يخضع له المصريون والأجانب ، المسلمون وغير المسلمين ، وتطبق هذه المحكمة المصرية قانوناً إقليميا واحداً ، هو القانون المصرى .

الفرع الثانى

تطبيق القانون من حيث الزمان

١٦٩ — القاعدة أن التشريع يسرى من وقت نفاذه وأنه لا يتناول الماضى ، إذ ليس للتشريع أثر رجعى :

متى صدر التشريع ونشر وأصبح نافذاً فإنه يسرى منذ ذلك الوقت ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر (effet immédiat) للتشريع ، وهذه هى القاعدة الأولى . أما ما قد سبق صدوره من وقائع وتصرفات فلا يسرى التشريع الجديد عليها ، وإلا كان ذا أثر رجعى ، وهذا ما لا يجوز . وهذه هى القاعدة الثانية ، والمعروفة بقاعدة عدم سريان التشريع على الماضى (Règle de la Non-Rétroactivité des Lois) .

وهذه القاعدة الثانية تقوم على الاعتبارات الآتية :

(أولا) تقضى العدالة بأن التشريع لا يسرى على ما سبق إصداره من الوقائع والتصرفات ، فليس من العدل فى شىء أن يأتى الأفراد أفعالا مباحة أو تصرفات ينشئونها وفق إرادتهم ويرتبون على مقتضاها شئون معاشتهم ، فيصدر تشريع جديد مقرراً لعقوبة تسرى على ما أتاه الأفراد فى دائرة الأفعال المباحة ، أو لأحكام تخالف ما اتفقوا عليه منها .

(ثانيا) وتقضى المصلحة العامة كذلك بألا يسرى تشريع جديد على الماضى حتى لا تضطرب المعاملات ويفقد الناس الثقة والاطمئنان على حقوقهم ، وفى هذا من وقوع فى الفوضى وتعطيل لدولاب الأعمال ما فيه ، فضلا عن إضعاف سلطان القانون فى نفوس الأفراد نتيجة فقد ثقتهم فيه .

(ثالثا) ويقضى المنطق أخيراً بألا يسرى تشريع جديد على الماضى ، فقد

سبق القول بوجوب نشر التشريع وحمله إلى علم الناس قبل العمل به ، فكيف يقال إذن بسريان تشريع على وقائع سابقة على نشره .

فالعدالة إذن والمصلحة العامة والمنطق ، كل ذلك يقضى بوجوب احترام قاعدة عدم سريان القانون على الماضى . ونظراً لأهمية هذه القاعدة ، فقد نصت عليها كل التشريعات ، بل بعض التشريعات رأى زيادة فى تأكيد الاحترام الواجب لها أن ينص عليها فى التشريع الأساسى (الدستور) .

فالقانون الفرنسى ينص فى المادة الثانية من القانون المدنى : « لا يرتب القانون أحكامه إلا بالنسبة للمستقبل ، فلا تنسحب أحكامه على الماضى »

"La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet retroactif"

والقانون المصرى نص عليها فى المادة ٢٧ من الدستور المصرى : « لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » . كما أن القانون المدنى الجديد قد راعاها فيما جاء به من قواعد لحل التنازع ما بين القوانين من حيث الزمان (راجع المواد ٦ — ٩) .

وهذه القاعدة هى من قواعد التفسير بمعنى أنها تلزم القاضى لا المشرع[1] .

١٧٠ — تحديد منطقة كل من التشريعين القديم والجديد :

وإذا كانت القاعدتان المشار إليهما فى صدر هذا الكلام من السهولة الظاهرية بمكان ، فإنهما ليسا كذلك عندما يراد تطبيقها ووضع الحد الفاصل بين منطقة التشريع القديم ومنطقة التشريع الجديد . على أن تعيين هذا الحد ليس صعباً إذا كانت التصرفات والوقائع قد تمت هى وآثارها فى ظل تشريع

---

(١) إلا فى القوانين الجنائية فإنها تلزم المشرع .

قديم ، فلا شك فى أنها تظل خاضعة له ، وإلا كان للتشريع الجديد أثر رجعى .
ونورد بعض أمثلة :

(١) إذا أوصى شخص لآخر بثلث تركته وتوفى الموصى قبل صدور قانون يحرم الإيصاء بأكثر من ثلث التركة ، فإن الوصية تظل صحيحة منتجة لكل آثارها .

(٢) وكذلك الحال فيما لو تزوج فتى عمره خمس عشرة سنة بفتاة عمرها أربع عشرة سنة ، وكان ذلك قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ الذى منع من سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة والزوجة أقل من ست عشرة سنة ، فإن الزواج الذى تم صحيحاً حسب القانون القديم يستمر صحيحاً بعد القانون الجديد .

(٣) كذلك إذا كان القانون القديم يقضى بنقل الملك بين المتعاقدين فى الحال ، ثم صدر قانون يستوجب التسجيل لنقل الملك حتى فيما بين المتعاقدين ، فإن العقود غير المسجلة التى صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) لا يسرى عليها هذا التشريع ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

فى هذه الأمثلة وأشباهها من السهل تحديد المنطقة الخاصة لكل من القانونين ، الجديد والقديم ، والقول بأنها تبقى خاضعة للقانون الذى تمت فى ظله ، وإلا كان للقانون الجديد أثر رجعى ، وهذا ما لا يجوز إلا بنص .

ولكن ليست كل المسائل بهذه السهولة ، إذ هناك تصرفات لا تنتج آثارها دفعة واحدة ، ووقائع أو حالات قانونية (situations juridiques) يستغرق حدوثها مدة معينة ، فهل يسرى التشريع الجديد على الآثار المستقبلة لتلك

التصرفات ، وهل يتناول الوقائع والحالات التى لم تتم بعد ، أم تظل هـذه وتلك خاضعة للتشريع القديم ، وإليكم بعض الأمثلة :

(١) تم عقد بين شخصين واتفقا على فائدة قدرها ٨٪ ، ثم صدر قانون جديد أثناء سريان العقد يخفض حد الفائدة إلى ٧٪ ، فهل يطبق القانون الجديد على ما سينتج من الفوائد بعد صدوره ، أم يستمر العقد خاضعاً للقانون القديم ؟

(٢) إذا كان هناك دين مقداره ٨ جنيهات ونصاب ما يمكن إثباته بشهادة الشهود هو عشرة جنيهات ، ثم صدر قانون يجعل الإثبات بالكتابة واجبا فيما يزيد على خمسة جنيهات ؛ فهل يستطيع الدائن الإثبات بالبينة طبقا للقانون القديم أم يجب أن يثبت دينه كتابة طبقا للقانون الجديد ؟

(٣) إذا وضع شخص يده على عقار مملوك لآخر بنية تملكه مدة ١٢ سنة فى ظل قانون يقضى بأن مدة التقادم هى ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم المكسب ٢٠ سنة ، فهل يخضع واضع اليد للقانون القديم فيتملك بعد ثلاث سنين أم للقانون الجديد فلا يتملك إلا بعد ثمانى سنوات .

(٤) بلغ شخص كامل أهليته فى ظل قانون يحدد سن البلوغ بثمانية عشر عاما ، ثم صدر قانون بعد بلوغه بسنة يرفع سن البلوغ من ١٨ إلى ٢١ فما الحكم ؟ لا خلاف فى أن هذا الشخص يعتبر بالغا فى تلك السنة ، فكل التصرفات التى عقدها تعتبر صحيحة ، ولكن فيما بين التاسعة عشرة والحادية والعشرين ، هل يطبق عليه القانون الجديد فيرجع قاصرا ، أم أنه يستمر متمتعا بأهليته الكاملة التى اكتسبها وفق القانون القديم ؟

(٥) يملك شخص رقيقاً ثم صدر قانون يحرم الرق ، فهل يتحرر الرقيق أم يستمر رقيقاً بعد صدور القانون الجديد ؟

فى هذه الفروض وأمثالها تعرض الصعوبة ويدق الحل ، ولم يتفق الفقهاء على حلول معينة ، وذهبوا مذاهب متعددة فى البحث عن ضابط يمكن التغلب به على الصعوبة القائمة ومعرفة أى القوانين هو الواجب التطبيق .

ونحن نورد هنا الضابط المعروف فى النظرية التقليدية والجارى عليه القضاء .

١٧١ — النظرية التقليدية : التمييز بين الحق المكتسب (droit acquis) ومجرد الأمل (simple expectative) :

يرى كثير من الشراح ، ومعهم القضاء ، وجوب التفرقة ما بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، فيكون القانون ذا أثر رجعى إذا ما عدل فى الحقوق المكتسبة ، ولذا يطبق القانون القديم ، ولا يكون كذلك ، ويطبق التشريع الجديد ، إذا اقتصر على تحطيم الآمال .

ولكن ما هو الحق المكتسب ، وما هو مجرد الأمل ؟ يجب الاعتراف بأن أحداً لم يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً صحيحاً ينطبق فى كل الأحوال[١] . على أنه يمكن أن يقال إجمالا بأن الحق المكتسب هو مصلحة مالية تدخل فى ذمة الشخص ، ويمكن الدفاع عنها بدعوى أو بدفع[٢] .

---

(١) يقول الأستاذ فاريل دى سومبير فى مقاله المشار إليه فيما بعد : « إنى أتحدى أعظم فقيه إذا استطاع أن يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً مقبولا » (ص ٤٥٢) ، ويجيب الأستاذ Planiol الجزء الأول ص ١٠٣ فى الهامش ، بأن أحداً لن يقبل هذا التحدى لأن التقسيم إلى حق مكتسب ومجرد أمل تقسيم مصطنع وفاسد .

(٢) ويعرفه zachariae بأنه الحق الذى لا يمكن نقضه (un droit irrevocable) ويعرفه ديمولومب بأنه الحق الذى أصبح ثابتاً لنا والذى لا يستطيع شخص آخر أن يسلبه منا . ، ويعرفه بودرى لاكنتنرى بأنه المنفعة المملوكة لشخص والتى تكون جزءاً من ذمته ، والتى لا يمكن أن تنزع منه بفعل من أخذ عنه الحق ولا بفعل غيره .

انظر فى ذلك كتاب الأستاذ Roubier « تنازع القوانين فى الزمان Conflits de Lois dans le Temps الجزء الأول ص ٣١١ .

أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ونوضح ذلك بأمثلة :

(١) **الوصية** : لو أن شخصاً أوصى لآخر بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لا تجوز إلا بربع مال المورث ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه إذا سرى يمس حقاً مكتسباً للموصى له ، بعد أن انتقلت إليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما إذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن قد كسب حقاً ، إذ لا يزال الموصى حياً ، وله أن يرجع فى وصيته ، وكل ما وصل إليه هو مجرد أمل فى أن يكون له حق فى الموصى به . والقانون لا يحترم إلا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ؛ فيسرى التشريع فى هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به إلى الربع .

(٢) **تغيير الحد الأقصى للفائدة** : يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفائدة هو ٨ ٪ ، فإذا تألفت شركة للإقراض بهذه الفائدة وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى إلى ٧ ٪ ، فإن هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٨ ٪ ، فقد أصبح حقاً مكتسباً لها . ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التى تتم بعد التشريع الجديد ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا تخضع له ، فإن تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقاً فى الإقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل فى الإقراض بهذا السعر. ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

(٣) **تغيير مدة التقادم** : يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصاً وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم إلى عشرين سنة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التى نحن بصددها ، لأن واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . أما إذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فإن التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضع اليد لم يكن قد كسب حقاً وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه إلا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم المكسب للملكية ، فلا يكترث القانون لمجرد الأمل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد أن يكمل واضع اليد مدة العشرين سنة[١] .

(٤) **قوانين الاختصاص والإجراءات والطعن فى الأحكام** : فيما يتعلق بالاختصاص فإن التشريع الجديد هو الذى يسرى تأسيساً على أن مسائل الاختصاص من النظام العام . وإذن فإن كانت هناك دعوى منظورة ثم صدر قانون بنقل الاختصاص فى مثل تلك الدعوى إلى محكمة أخرى ، ثبت الاختصاص للمحكمة الجديدة ، وذلك رغم أن رفع الدعوى قد تم طبقا للقانون السارى من قبل .

أما إجراءات التقاضى ، دعاوى كانت أو دفوعا ، فالقانون الجديد هو الذى

---

(١) أما إذا كان التشريع الجديد ينقص مدة وضع اليد ، كما إذا كانت المدة القديمة ١٥ سنة فجعلها القانون الجديد ٥ سنين مثلا ، فالراجح هو أن يطبق القانون الجديد من وقت العمل به ، إلا أن يكون الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم وفق التشريع القديم . وهذا هو ما أخذ به القانون المدنى الجديد فى المادة الثامنة منه .

يسرى ما دامت لا تمس جوهر الحق أو مداه . وتعتبر المحاكم القوانين التى تتعلق بطرق الطعن فى الأحكام والمواعيد التى يباح الطعن فيها مما يتصل بجوهر الحق فلا يتناوله التشريع الجديد .

أما القوانين المتعلقة بإجراءات الدعوى وتحقيقها وطرق تنفيذ الأحكام فلأنها لا تمس ذات الحق ، فإنها تسرى من وقت صدورها . بل إنه فيما يتعلق بالدعاوى المنظورة يجب التفرقة بين ما يكون قد اتخذ من إجراء قبل القانون الجديد وما يتخذ بعده ، فإن ما تم قبله من إجراء يبقى صحيحاً منتجاً لأثره طبقا للتشريع القديم .

على أنه يلاحظ أن المشرع عند ما يصدر قوانين من هذا النوع فإنه ينص فيها على ما يجب اتباعه بالنسبة للقضايا المنظورة أمام المحاكم .

(٥) **العقود** : يخضع العقد للقانون الذى كان سارياً وقت انعقاده ، وإلا كان القانون ذا أثر رجعى ، من حيث شروط صحة انعقاده ، ومن حيث الشكل ، ومن حيث طرق الإثبات ، وأخيراً من حيث الآثار . فإذا صدر قانون يجعل التسجيل ركنا فى عقد البيع مثلا فإنه لا يؤثر على العقود التى انعقدت صحيحة فى ظل قانون قديم . وإذا حررت هبة فى عقد عرفى ثم صدر قانون يستلزم الشكل الرسمى فلا يسرى القانون الجديد على عقد الهبة الذى تم قبل صدوره . وكذلك إذا كان الإثبات بالشهود جائزاً عند ما تم العقد ، فإن من له مصلحة فى إثباته بشهادة الشهود يستطيع ذلك حتى بعد صدور تشريع يمنع الإثبات بشهادة الشهود فى العقود المماثلة[1] (راجع المادة ٨ من القانون المدنى الجديد) . وكذلك فيما يتعلق

---

(١) أما طريقة سماع الشهود فإنها تخضع ، كما قدمنا ، للقانون الجديد .

بآثار العقد ، فإن ما تم من الآثار قبل صدور التشريع الجديد وما يتم بعد صدوره يظل خاضعاً للقانون القديم . فالقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة من ٨٪ إلى ٧٪ لا يسرى على العقود التى تمت قبل صدور التشريع الجديد . وكما لو اشترى شخص أطياناً من الحكومة على أن يدفع الثمن مقسطاً على مدة طويلة ثم صدر تشريع يوجب دفع الثمن فوراً أو على أقساط قليلة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على البيوع السابقة وهكذا .

والملاحظ فى كل هذا هو وجوب احترام إرادة المتعاقدين وعدم المساس بالحق المكتسب . فكل ما يتعلق بالعقد وبالآثار التى يولدها يظل خاضعاً للقانون القديم إلا إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام فيسرى القانون الجديد ، على تفصيل سنشير إليه فيما يلى .

١٧٢ — استثناءات القاعدة :

لقاعدة عدم سريان التشريع على الماضى الاستثناءات الثلاثة الآتية :

النص الصريح .

النظام العام .

القوانين الجنائية فى بعض الأحوال .

١٧٣ — الاستثناء الأول — النص الصريح :

إذا نص المشرع صراحة على سريان التشريع على الماضى ، فإن التشريع ينسحب على الماضى ، ذلك أن قاعدة عدم سريان التشريع على الماضى تقيد القاضى لا المشرع . وقد رأينا المادة ٢٧ من الدستور تقرر هذا الاستثناء فتنص على عدم سريان القانون على الماضى « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧

دستور مصرى) . على أنه يمكن القول بأن هذه القاعدة تلزم المشرع باعتبارها مبدأ من مبادئ القانون الطبيعى .

و إذا كان حق سحب التشريع على الماضى متروكا للمشرع ، فإن من المسلم به وجوب عدم استعمال هذا الحق الخطير إلا عند الضرورة القصوى ولداع يتطلبه الصالح العام ، فقد تطرأ أحوال تقتضى ذلك فيسرى التشريع على حقوق ترتيب وحوادث وقعت قبل سريانه . مثل ذلك القانونان رقم ١١ سنة ١٩٢٠ ورقم ١٤ سنة ١٩٢١ ، إذ قضى أولها بتخفيض أجور المساكن ، وقضى الثانى بتخفيض الإيجارات الزراعية التى ارتفعت ارتفاعاً عظيما متأثرة فى ذلك خطى ثمن القطن ، فلما انخفض سعره انخفاضاً كبيراً رأى المشرع أن يتدخل ليخفف العبء عن كاهل المستأجر ، فقضى بسريان القانونين السابقين على العقود القائمة . وقد لجأ المشرع مرة أخرى إلى استعمال هذا الحق ، على أثر الأزمة الطاحنة ، فأصدر قانوناً فى ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، وآخر فى يولية سنة ١٩٣١ منعا المحاكم من إجبار المستأجرين على دفع أكثر من ثمانين فى المائة من قيم الإيجارات المتفق عليها . وفى هذه الأحوال وأمثالها يضحى بمصلحة أفراد فى سبيل مصلحة المجموع .

١٧٤ — الاستثناء الثانى — النظام العام :

لا يصح لفرد أن يدعى أن له حقاً مكتسباً ، ولو أصبح حقه مخالفاً للنظام العام ، و إذن فيسرى التشريع الجديد على الماضى إذا كان هذا التشريع من النظام العام ، حتى ولو لم يتضمن نصاً يقضى بذلك . على أنه بالنسبة لقوانين النظام العام تعمل التفرقة الآتية : إذا كانت قوانين النظام العام متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق الخ طبق القانون الجديد ، أما إذا كانت

قوانين النظام العام متعلقة بمسائل المعاملات ، ففي هذه الحالة يفرق[1] بين النصوص التي يقصد منها حماية مصلحة عامة كالقانون الذي يعطي للأوراق المصرفية سعراً جبريا (cours forcé) (أي لا يسمح للأفراد باستبدال نقودهم الورقية بالذهب) فإنها تسري على العقود التي تمت قبل صدوره والتي اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، و بين النصوص المعتبرة من النظام العام والتي تحمي مصالح خاصة ، كالقانون الذي يخفض الحد الأقصى للفائدة ، فإنها لا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم .

وعلى ذلك فالبالغ يعود قاصراً والرقيق يتحرر ، إجابة على ما تساءلنا عنه بشأنهما .

و إذا كان هـذا هو حكم القوانين المتعلقة بالنظام العام (الآمرة) ، فإن حكم القوانين المفسرة والمكملة لإرادة المتعاقدين مختلف . فما دامت هذه القوانين تفسر أو تكمل إرادة المتعاقدين ، فهي تعتبر جزءاً من العقـد ، لم يتعرض له الطرفان في اتفاقهما مكتفيين بما هو وارد في القانون الموجود عنـد التعاقد ، و إذن فلا يصح أن تسري القوانين المفسرة أو المكملة الجديدة على عقود الأفراد السابقة التي كانت تفسرها أو تكملها قوانين أخرى ، و يطبق القاضي عليها القانون القديم .

١٧٥ — الاستثناء الثالث — القوانين الجنائية :

للقوانين الجنائيـة أثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم ، دون حاجة إلى نص خاص ، بمقتضى القاعدة العـامة الواردة بالمادة ٥ من قانون العقوبات ونصها : « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها . ومع هذا إذا

---

(١) وهناك رأي آخر لا يفرق بين قوانين النظام العام المتعلقة بمسائل المعاملات ويرى تطبيق التشريع الجديد على العقود القائمة في كل الأحوال .

صدر بعد وقوع الفعل وقبـل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره » .

فإذا ارتكب شخص فعلا معاقباً عليه ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا الفعل غير معاقب عليه ، أو يخفف العقوبة المفروضة ، فإن التشريع الجديد هو الذى يطبق . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، إذ أن المشرع متى رأى أن لا محل لاعتبار الفعل جريمة ، وأدخله بذلك فى دائرة الأفعال المباحة ، أو أن العقوبة غير عادلة فخفف منها ، فمن العدل الأخذ بما قرره التشريع الجديد وتطبيقه على ما ارتكب من الأفعال قبل سريانه .

ويشترط فى ذلك أن يكون التشريع الجديد قد صدر قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى . لـكن المادة عدلت وأضيفت إليها فقرة هـذا نصها : « وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية .

غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعـل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محدودة ، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » .

وهذه الفقرة قد جاءت بحكمين جديدين :

الأول : وفيه يفرق المشرع بين التشريع الذى يمحو الجريمة والتشريع الذى يخفف من عقوبتها ، فجعل التشريع الأول يتناول الأفعال السابقة ، ولو كان قد حكم فيها نهائياً قبل صدوره .

الثانى : أنه استثنى من كل ما تقدم القوانين التى تنهى عن ارتكاب

فعل فى فترة محدودة . فإن انتهاء هذه الفترة لايحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها[1] .

١٧٦ — تقدير النظرية التقليدية :

تلك هى النظرية التقليدية التى يسير عليها القضاء . لكن الفقه هاجمها هجوماً عنيفاً مبيناً فسادها وعدم دقتها . وهو إذا كان قد نجح من هذه الناحية إلا أنه لم يوفق فى إقامة نظرية جديدة تحل محلها تسمو على النقد وتضع الضوابط لحل ما يثور من تنازع القوانين من حيث الزمان . ولذا فقد بقيت النظرية التقليدية متبعة فى القضاء حتى اليوم .

أما النقد الذى وجه إليها فيتناولها من ناحيتين :

(الأولى) من حيث عدم إمكان التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهذا معناه أن المعيار الذى تستند إليه غير دقيق .

(الثانية) من حيث إنها تخلط بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد ، فكثيراً ما تصف بالرجعية آثاراً هى فى الواقع آثار مباشرة . فمثلا إذا تقرر أن القانون الجديد يحرر الرقيق أو يعيد البالغ الذى لم يصل بعد إلى السن التى حددها قاصراً ، فإن النظرية التقليدية تفسر ذلك بما للقانون الجديد من أثر

---

(١) وهناك استثناء رابع ، ولكنه استثناء فى الظاهر ، خاص بالقوانين التفسيرية وهى القوانين التى يصدرها المشرع تفسيراً لتشريعات سابقة ، والتى لم يكن المشرع ليصدرها لو أن المحاكم اهتدت إلى قصده ، فهى تعتبر جزءاً متمما لها وتسرى على الوقائع والتصرفات التى لم يصدر فيها حكم نهائى .

ولكن يحدث أحياناً أن يلجأ المشرع إلى طريق القوانين التفسيرية حتى لا يستعمل صراحة حقه الاستثنائى فى جعل التشريع يسرى على الماضى ، ويصدر تشريعاً على أنه تفسير لتشريع قديم والواقع أنه يقرر قواعد جديدة ، وفى حالات كهذه ، وهى نادرة الوقوع جداً ، يجب القول بأننا نكون أمام استثناء لقاعدة عدم سريان التشريع على الماضى .

رجعى لأنه من القوانين المتعلقة بالنظام العام ، مع أن الواجب أن يفسر سريان القانون الجديد بما له من أثر مباشر .

صحيح أنه لا فرق بين القولين من حيث النتيجة ، لكن النظرية التقليدية لا تصل إليها فى يسر ، بل إنها أكثر من ذلك لا تسير مع منطقها حتى النهاية ، لأن فى قولها بسريان التشريع الجديد بما له من أثر رجعى ما يستوجب إبطال التصرفات التى عقدها القاصر فى فترة بلوغه ، وهو ما لم يقل به أحد .

لكنها رغم صحة ما وجه إليه من نقد ، فإنها ، كما قلنا ، ما زالت متبعة فى القضاء . وقد يكون من مبررات بقائها — فضلا عن عدم إنشاء نظرية شاملة تحل محلها — أنه بسبب عدم دقة معيارها الذى تقوم عليه ومرونته استطاعت المحاكم أن تنوع الحلول فى الأقضية التى تعرض عليها بما يتفق والعدالة ، هذا إلى أن الحلول التى تصل إليها هى تقريباً الحلول التى يصل إليها الفقه بطرائق أخرى[1] .

---

(١) نظراً لعدم صحة النظرية التقليدية وعدم دقة معيارها فقد هجرها كثير من الفقهاء المحدثين الذين باتوا يميزون بين الأثر المباشر للقانون ، وهو القاعدة ، والأثر الرجعى ، وهو الاستثناء . وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الأستاذ ڤاريل سوميير فى مقال له نشر بالمجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٤٤٤ — ٤٩٢ بعنوان « نظرية جديدة فى رجعية القوانين » .

ومن المفيد أن نشير هنا إلى رأى بعض الفقهاء .

رأى الأستاذ ڤاريل سوميير (Vareilles-Sommières) : يرى الأستاذ ڤاريل — سوميير أن القانون الجديد يسرى على الوقائع التى تتم بعد صدوره ، ويحكم الآثار التى تحدث فى المستقبل والناتجة عن واقعة سابقة على صدوره إذا كان يتناول هذه الآثار فى ذاتها دون الواقعة التى ترتبت عليها هذه الآثار . أما إذا كان التشريع الجديد يتناول الآثار التى تمت قبل صدوره فإنه يكون ذا أثر رجعى ، ويكون ذا أثر رجعى كذلك إذا تناول واقعة سابقة ترتبت عليها حقوق .

ويقول الأستاذ روبييه فى كتابه « تنازع القوانين فى الزمان » ، الجزء الأول ص ٣٦٤ بعد أن أظهر نقص هذه النظرية من بعض الوجوه « ومهما يكن الأمر ، فإن نظريته كان لها =

المبحث الثالث

تفسير التشريع

(Interprétation des Lois)

§ ١ — تمهيـــد

١٧٧ — التعريف :

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة .

= أثر فعال: ذلك أن الفقهاء المعاصرين ، بلانيول وريبير ، شيرونى وأبللو، كولان وكابيتان ، هجروا نظرية الحقوق المكتسبة » .

رأى الأستاذ بلانيول (Planiol) : يرى الأستاذ بلانيول (فى كتابه الجزء الأول بند ٢٤٣ ص ١٠٣) أن المقصود برجعية القانون هو ما يأتى : يكون القانون ذا أثر رجعى عند ما ينسحب على الماضى ، إما ليبحث فى شروط صحة عقد وإما ليعدل أو يبطل آثار حق تم فعلا . وفيما عدا ذلك لا يكون للقانون أثر رجعى إذا غير الأحكام المستقبلة لوقائع أو تصرفات ولو كانت سابقة لصدوره ، إذ له ذلك بناء على الأثر المباشر للقانون .

رأى الأستاذ كابيتان (Capitant) : يرى الأستاذ كابيتان (فى كتابه المدخل لدراسة القانون المدنى ص ٨٣) أن الفكرة القائلة بوجوب احترام الحقوق المكتسبة ليست صحيحة إلا بالنسبة للماضى ، لا بالنسبة للمستقبل ، فإذا رأى المشرع فى وقت ما أن بقاء هذا الحق أو ذاك مضر بالنظام الاجتماعى فإنه يستطيع أن يعدل فيه أو يحذفه . وإذا ما طبق القاضى القاعدة الجديدة مباشرة على الحقوق التى من هذا النوع والقائمة عند إصداره ، فإنه لا يخالف مبدأ عدم سريان القانون على الماضى . ولذا يجب ترك التمييز ما بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ووضع المبدأ الآتى : كل قانون جديد يفترض فيه أنه خير من سابقه ولذلك يكون من الطبيعى افتراض أن المشرع أراد أن يخضع لسلطان القانون الجديد الحوادث المستقبلة وكذلك الحوادث الماضية فيما يتعلق بالآثار التى يمكن أن تنتجها فى المستقبل ، ولا يستثنى من ذلك إلا الحقوق التى تولدت عن اتفاقات الأفراد ، إذ إرادة الأفراد فى هذه الحالة هى القانون ، ولو طبق القاضى القانون الجديد ، مخالفاً قانون العقد ، فإنه يضيع ثقة المتعاقدين ويسىء إلى النظام الاجتماعى ، ولذلك =

١٧٨ — التفسير لا يكون إلا في التشريع :

ويبدو مما تقدم أن التفسير لا يكون إلا بالنسبة للمصـدر الذى يأتى بالمعنى واللفظ معاً . وهذا الوصف لا ينطبق إلا على التشريع ، وعلى بعض الـكتب الدينية التى تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . أما مصادر القانون الأخرى فلا حاجة بها إلى تفسير لأنها عبارة عن معنى يستقر لا يقيده لفظ خاص .

= يجب أن يطبق قانون العقد حتى بعد صدور قانون جديد ، إلا إذا كان التشريع الجديد يحمى مصلحة عامة ، فإنه يسرى على العقود القائمة .

رأى الأستاذ روبييه (Roubier) ، وكتابه « تنازع القوانين من حيث الزمان » يعتبر أهم وأحدث كتاب فى الفقه الفرنسى . تقوم فـكرته على وجوب التمييز بين الأثر المباشر والأثر الرجعى ، والأول هو القاعدة والثانى هو الاستثناء . وللتمييز بين الأثر المباشر والأثر الرجعى نتائج هامة :

١ — الأثر الرجعى تحرمه صراحة المـادة ٢ من القانون المدنى الفرنسى على المفسر (قاضياً أو فقيهاً) ، خلافاً للأثر المباشر فإنه القاعدة العامة ، ولذلك يسرى القانون الجديد بالنسبة للآثار المستقبلة بناء على الأثر المباشر الذى له .

٢ — فيما يتعلق بحرية المفسر فى التفسير ، إذ الأثر الرجعى لا يكون إلا بنص صريح ، أما الأثر المباشر فلا يوجد عنه نص مقابل لنص المـادة ٢ ، وإذن فـمسألة استبعاد أو استبقاء القانون القديم كما تكون من مسائل السياسة التشريعية التى يستطيع المشرع أن يعطيها من الحلول ما يشاء ، هى أيضاً مسألة من مسائل القانون الوضعى التى يستطيع المفسر أن يحلها بما يوافق المصلحة .

٣ — إذا اشتملت لائحة على إجراءات ذات أثر رجعى فإنها تعتبر باطلة لمخالفتها للمادة ٢ ، ولا يمكن أن يقال ذلك إذا كانت اللائحة تشتمل على إجراءات ترمى إلى تطبيقها تطبيقاً مباشراً على الحالات القائمة (situations en cours) .

وعند الأستاذ روبييه أن كل مايتعلق بتكوين أو انقضاء حالة قانونية (situation juridique) لا يمكن أن يتعرض له قانون جديد وإلا كان ذا أثر رجعى . أما الآثار ، فـما تم منها لا يمكن أن يتعرض له القانون الجديد بغير أثر رجعى ، خلافاً للآثار المستقبلة ، فإن القانون الجديد يحكمها بناء على الأثر المباشر . ويستثنى من ذلك التصرفات القانونية (actes juridiques) ، فـكل ما يتعلق بتكوينها وانقضائها وآثارها المـاضية والمستقبلة يظل خاضعاً للقانون القديم ولو كان التشريع الجديد من النظام العام .

١٧٩ — أنواع التفسير :

يقوم بالتفسير نادراً المشرع نفسه وعادة القضاء والفقه ، ونتكلم فى أنواع التفسير الثلاثة :

(أولاً) التفسير التشريعى Interprétation Législative

وهو الذى يصدر من المشرع تفسيراً لقانون سابق لم تهتد المحاكم إلى تبين قصده . وقد أصبح هذا التفسير نادر الوقوع ، خلافاً لما كان عليه الحال فى القانون الرومانى وفى العصور الوسطى ، فقد كان هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة ، وكان القاضى يوقف الفصل فى النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لذلك التشريع .

والأصل أن تقوم السلطة التشريعية الرئيسية بتفسير التشريع الذى ترغب فى تحديد معناه ، ولكنها قد تفوض السلطة التنفيذية بتفسيره ، وما تصدره من تفسير يعتبر تفسيراً تشريعياً كذلك ، كما حدث بخصوص القانون النظامى المصرى الصادر فى سنة ١٩١٣ ، فقد جعل حق تفسيره من اختصاص لجنة مكونة من وزير الحقانية (العدل) رئيساً ووزير آخر واثنين من أعضاء الجمعية التشريعية ورئيس محكمة الاستئناف ووكيلها وأقدم مستشار فيها أعضاء ، وما حدث بالنسبة لقانون المعاشات الصادر فى سنة ١٩٢٩ فقد نصت المادة ٦٧ منه « يعرض وزير المالية على مجلس الوزراء الأحوال التى يظهر له أنها تستدعى تفسيراً لأحد أحكام القانون وينشر تفسير مجلس الوزراء ويعتبر تفسيراً تشريعياً يجب العمل به » .

والتشريع التفسيرى يعتبر أنه صدر مع التشريع الذى يفسره ، ولذلك فإنه يسرى على الحالات القانونية التى لم يفصل فيها ، دون أن يكون له أثر رجعى

(ثانياً) التفسير القضائي Interprétation Judiciaire :

يقوم القضاء بتفسير التشريع عند ما يطبق نصوصه على الأقضية التي ترفع له . وقد قدمنا أن المحاكم تطبق القانون وتفسره بطريقة عملية ، إذ أنها تنزل إلى معترك الحياة لتنفض الخصومات وتقر الحقوق ، وهي في ذلك تتأثر بالظروف المحيطة وتعمل دائماً على جعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الأحوال .

(ثالثاً) التفسير الفقهي Interprétation Doctrinale :

ويتميز الفقه ، كما رأينا ، في أنه في تفسيره للنصوص لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء وإنما يستخلص قواعد عامة . وقد أصبح الفقه الفرنسي ، بعد انفصال دام طوال القرن التاسع عشر ، يتعاون مع القضاء في تفسير القانون تعاوناً كان ولا يزال من خير الوسائل لترقية القانون الفرنسي .

ونتكلم في المدارس المختلفة في التفسير .

١٨٠ — المدارس المختلفة في التفسير :

تفسير التشريع من المسائل التي تعددت فيها الآراء . ومنذ وضع الأستاذ (جني) كتابه المعروف في « طرق التفسير في القانون الخاص ومصادر هذا القانون » ، انقسم الفقهاء في فرنسا إلى مدارس ثلاث في التفسير :

(الأولى) هي المدرسة التقليدية وتتصل بمدرسة « الشرح على المتون »[1] . وهذه المدرسة ، كما رأينا ، تذهب إلى وجوب تلمس القواعد القانونية في النصوص التشريعية . وهي لا تؤول النص التشريعي متى كان واضحاً ، إذ المفروض أن المشرع عني كل ما قال وقال كل ما عنى . فإذا غمض واحتاج إلى تفسير توخت في تفسيره

---

(١) انظر ص ٣٥ من هذا الكتاب .

البحث عن نية المشرع الحقيقية أو المفروضة وقت وضع التشريع ، وبهذا وحده ينتفى التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، أما إذا أجزنا للمفسر أن يحل نية أخرى للمشرع لاختلف المفسرون فى ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار اللازم لقواعد القانون . والبحث عن النية الحقيقية أو المفروضة واجب حتى لو تغيرت الظروف وتطورت المدنية ، والأولى فى مثل هذه الحالة أن يعدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع .

(الثانية) مدرسة سالى (Saleilles) الفقيه الفرنسى المعروف . وهذه المدرسة تتجه كسابقتها إلى النصوص التشريعية ، ولكنها تفسر هذه النصوص طبقاً لنية المشرع المحتملة وقت تطبيق التشريع لا وقت سنه ، وبذلك تكسب النصوص التشريعية مرونة تجعلها قابلة للتطور ، وتفسر باعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتطورة[١] .

(الثالثة) مدرسة جنى (Geny) . وهو يذهب إلى وجوب تفسير النصوص التشريعية طبقاً لنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، ولكنه يخالف المدرسة التقليدية فى أنه يحصر النصوص التشريعية فى نطاق محدود ، هو النطاق الذى عرض له المشرع عن بينة وقصد . أما ما لم يعرض له المشرع ، فلا يلجأ فيه (جنى) إلى استخلاص نية مفروضة كما تفعل المدرسة التقليدية ولا إلى إقامة نية محتملة كما تفعل مدرسة (سالى) ، وإنما يخرج عن دائرة التشريع إطلاقاً ويتلمس مصادر أخرى للقانون ، يستنبط منها ما هو فى حاجة إليه من القواعد القانونية .

ونحن نقتصر هنا على شرح طرق التفسير المعروفة فى المدرسة التقليدية .

---

(١) انظر كتاب الأستاذ سالى (Déclaration de Volonté) ، والمقدمة التى كتبها لكتاب الأستاذ جنى المشار إليه .

§ ٢ — النظرية التقليدية فى التفسير

لا يخلو الحال من أحد أمرين : أن يكون النص واضحاً ، وهذه الحالة لا تحتاج إلى تفسير ، أو أن يكون النص غير واضح ، وهذه هى الحالة التى تحتاج إلى تفسير ، ونتكلم فى هاتين الحالتين على التوالى .

(ا) حالة وضوح النص

١٨١ — لا محل للتفسير فى هذه الحالة :

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح ، فإنه إذا كان اللفظ الذى استعمله المشرع لا سبيل إلى الاختلاف فى معناه[١] ، وجب الأخذ بهذا المعنى ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانونى غير عادل أو أن هناك حكماً أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر فى شىء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع فى الألفاظ والنصوص التشريعية من أخطاء مادية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣/١٥٧ من القانون المدنى المصرى الملغى ، فقد نصت على ما يأتى :

« يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده ، أو منع وجود ذلك التعهد أو زواله » . فهذا النص يعرّف الشرط بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، مع أن

---

(١) واللفظ يفسر بحسب معناه اللغوى والاصطلاحى كذلك ، إذ توجد ألفاظ لها معنى فى الاصطلاح غير المعنى اللغوى ، مثل « دفع » و « قيد » و « حلول » وغيرها ، فيؤخذ بالمعنى الاصطلاحى .

الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق ، فهو يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد بأحدهما ، ولفظ (أو) الوارد فى النص خطأ مادى صحته (و) ، فيتعين على المفسر إجراء هذا التصحيح . ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢٩٣[١] عقوبات الخاصة بالنصب « يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا أو بإحدى هاتين العقوبتين . . . . » ، وظاهر أن المشرع أراد أن يقول يعاقب بالحبس (و) بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا أو بإحدى هاتين العقوبتين ، فيجب تصحيح هذا الخطأ . على أن النص الفرنسى[٢] لهذه المادة يقول (et) .

ومما تجب ملاحظته أن المعنى الذى يؤديه النص لا يقتصر على ما يفهم من عبارته ، بل قد يمتد بطريق الدلالة إلى معنى آخر ، وهذا هو ما تشير إليه المادة الأولى فقرة أولى من القانون المدنى الجديد بقولها « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » .

---

(١) وهى التى أصبحت المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات الجديد الصادر فى ٣١ يولية سنة ١٩٣٧ ، وخلت فى نصها الجديد من هذا الخطأ المادى .

(٢) ويصح أن يتساءل هنا ، هل يتبع النص الفرنسى أم النص العربى لمادة من مواد القانون الأهلى الملغى فى حالة اختلاف النصين ، ولا سيما أن هذا الاختلاف قد يكون جوهريا كما فى المادة ١٣٦ المتعلقة بالتدليس ؟ ترى بعض المحاكم (استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة السنة السادسة س ٨٠٥) وجوب الأخذ بالنص الفرنسى لأنه الأصل الذى وضعت به المادة ، فضلا عن أن اللغة الفرنسية هى لغة القانون . ويرى البعض الآخر (استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة السنة التاسعة س ٥٣٩) الأخذ بالنص العربى وذلك (أولا) لأن القانون استلزم النشر وهذا يكون باللغتين العربية والفرنسية وجمهور الأفراد يجهل اللغة الفرنسية فيتحتم الأخذ بالنص العربى و (ثانيا) لأن لغة المناقشة فى القوانين هى اللغة العربية .

على أنه يلاحظ أن مثل هذا الجدل إذا كان مما يسوغ التعرض له فى ظل التقنينات القديمة التى وضعت أولا باللغة الفرنسية واعتبرت الترجمة العربية صيغة رسمية ، فإنه لا يمكن أن يثور بالنسبة للتقنينات الجديدة ، إذ لا شبهة فى أن اللغة العربية هى الأصل ، وعليها وحدها يكون المدار .

(ب) حالة عدم وضوح النص

١٨٢ — العيوب التي تؤدى الى ذلك :

يرجع عدم وضوح النص إلى عيب فيه ، ومن أكثر هـذه العيوب شيوعاً الغموض والتناقض والنقص :

الغموض : فالغموض يكون بتحمل اللفظ أكثر من معـنى واحد ، فعلى المفسر أن يختار المعنى الذى قصد إليه المشرع . مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدنى الأهلى الملغى تنص على ما يأتى : « منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه من الإسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الإسقاط يقتضى منعه من التأجير . أما إذا كان موجوداً بالمكان المؤجر جدك جعله معدا للتجارة أو للصناعة ، ودعت ضرورة الأحوال إلى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير إبقاء الإيجار لمشترى الجدك ، بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ذلك المشترى ، ما لم يحصل للمالك من إبقائه ضرر حقيق » . واللفظ الغامض فى هذا النص هو « الجدك » ، وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى . فإذا فسر « الجدك » بمعنى المتجر أو المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

التناقض : والتناقض يكون إذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة ، وإلا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل ذلك ما تقضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمستبدل بها قانون نظام القضاء من أن هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الأنكحة وما يتعلق بها

من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥ — ١٥٧ من القانون المدنى الأهلى القديم من أحكام فى النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق بحسب المادة ١٦ المذكورة ، إذ يجب طبقاً لمواد القانون الأهلى أن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما على الآخر . فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لا ثمة ترتيب المحاكم الأهليـة ، والواجب هنا تغليب النص الأخير ، واعتبار المحاكم الأهلية غير مختصة بمسائل النفقات والمحاكم الشرعية هى المختصة ، وهـذه تطبق الشريعة الإسلامية .

النقص : والنقص يكون إذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضباً لا يتضمن كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى القديم ، فهى تنص على أنه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده ، ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضى بأن من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ، ملكه بالتقادم القصير بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطاً آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، إذ التملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١٨٣ — طرق التفسير (طرق داخلية وأخرى خارجية) :

إذا كان النص غير واضح لعيب فيـه ، كغموض أو تناقض أو نقص ،

وجب على المفسر أن يتبين إرادة المشرع الحقيقية من وراء النص المعيب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة يمكن تقسيمها إلى قسمين :

(١) طرق داخلية ينطوى عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هادياً من عنصر خارجي عن التشريع ، ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (analogie) ، والاستنتاج من باب أولى (à fortiori) ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة (à contrario) ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض .

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر على عنصر خارجي عن التشريع نفسه ، ومن ذلك الاستناد إلى حكمة التشريع ، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية ، والاسترشاد بالعادات ، والرجوع إلى المصدر التاريخي للتشريع .

وقبل الكلام فى هذه الطرق نلاحظ أن التفسير قد يكون واسعاً (تفسير التوسع interprétation extensive) وقد يكون ضيقاً (تفسير الحصر أو التضييق interprétation restrictive . فالأول : يكون عند ما يراد تفسير قوانين مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين ، فيجب فى هذه الحالة عدم التقيد باللفظ وحده ، بل يرجع إلى المصلحة التى قصد إليها المشرع ، فيطبق على كل حالة مشابهة للحالة التى نص عليها . ذلك أن الغرض من هذه القوانين ، كما رأينا ، هو تنظيم أعمال الناس التى لا تتصل بمصالح المجتمع الأساسية ، ولا يستطيع المشرع الإحاطة بكل هذه الأعمال ، ولذا يكون من المعقول التوسع فى تفسير النص ليشمل حالات أخرى تشابه ما نص عليه المشرع منها . والثانى : يكون عند ما يراد تفسير القوانين المتعلقة بالنظام العام لأن نصوصها تتصل بالمصالح الأساسية للمجتمع ، وهى لذلك تكون قيداً على الحرية الشخصية ، والقاعدة إباحة كل عمل لم يحرمه نص خاص . ومتى كان الأمر كذلك فلا يصح التوسع فى تفسير نصوصها ومدها إلى

حالات أخرى متشابهة ، ولو قام فى ذهن القاضى أن العدالة تتحق بذلك ، إلا إذا كان روح التشريع يتطلب ذلك ، فقانون العقوبات مثلا يفسر بطريق الحصر وبالتقيد كثيراً بالألفاظ التى عبر بها المشرع عن غرضه ، إلا فى بعض الأحوال إذا كانت مصلحة المتهم وروح التشريع يقتضيان التفسير الواسع .

١٨٤ — طرق التفسير الداخلية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق ، الاستنتاج بطريق القياس ، والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة ، وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض .

فالاستنتاج بطريق القياس (أو بمفهوم الموافقة) : هو أن يستنبط المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادهما فى العلة . مثل ذلك المادة ٢٢٧ مدنى قديم تقول : « والمحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار للكتابة أو الإمضاء » ، ولم تتعرض للبصمة أو الختم ، مع شيوعهما ، فقيس على الإمضاء الختم والبصمة . ومثل ذلك المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الجديد تقول : « لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه » ، فقيست على حالة السرقة حالتا النصب وخيانة الأمانة ، فلا عقاب فيهما كذلك[1] .

---

(١) ومثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية إذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد فى القانون المدنى المصرى نص على هذه المسألة ، ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها :

فقد نصت المادة ٥٤٣/٦٦٥ من القانون القديم على أنه « لا يجوز اشتراط كون الشىء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له ، إنما للدائن فقط الحق فى طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » . فالحكم الذى تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص أن هذا الاتفاق =

والاستنتاج من باب أولى أو قياس الأولى : هو أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها ، وتكون علة الحكم أكثر توافراً فى حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم فى الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها ، من باب أولى . مثل ذلك أن القانون الجنائى يخفف جريمة القتل فى حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها ، فيجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لاجناية[1] . فلو أن زوجا فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكنه ضربها ضربا خلف عاهة مستديمة ، فإن هذه الجريمة تعتبر جنحة لاجناية من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منها ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضاً أن القانون الجنائى (المادة ٢٧٤ جديدة) يعطى الحق للزوج فى أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها فى دعوى الزنا : « المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت » ، فمن باب أولى يستطيع الزوج قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب إيقاف السير فى إجراءات دعوى الزنا ، فإن من يملك الأكثر يملك الأقل .

والاستنتاج من مفهوم المخالفة : هو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم فى حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة فى الحالتين ،

= باطل ، وأنه يجب على المرتهن أن يطرح العين فى المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك أن وجوب طرح العين فى المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعا وديا يخرق القاعدة المتقدمة ، فيكون هذا الاتفاق باطلا . ومن ذلك نرى أنه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه ، فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

(١) المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات الجديد . « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦ » .

أو لأن الحالة المنصوص عليها هى جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون المدنى المصرى القديم لم ينص على حكم بيع الشىء المستقبل ، أهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسى ، أم هو غير صحيح كما تقضى بذلك الشريعة الإسلامية . ولكنه نص على حكم بيع التركات المستقبلة ، فقضت المادة ٢٦٣/٣٣٢ منه بأن « بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » . والتركة المستقبلة جزئية من جزئيات بيع الشىء المستقبل ، فإفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها فى الحكم ، ويكون بيع الشىء المستقبل — عدا التركات المستقبلة — صحيحاً بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة . وعلى ذلك يصح لصاحب المصنع أن يبيع أشياء لم يبدأ بعد فى صنعها ، وللزارع أن يبيع محصول قطنه الذى لم يزرع بعد . ومثل ذلك المادة ٦٠١/٧٢٧ مدنى قديم التى ذكرت الديون الممتازة ، فنستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن كل ما ليس مذكوراً من الديون فى هذه المادة لا يعتبر من الديون الممتازة .

إنما يلاحظ أن هذا الطريق من طرق الاستنتاج كثير الخطورة ، لأن نص القانون قد يكون وارداً على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، فلو طبقنا هذا الطريق فى مثل هذه الحالة لقلنا بأن النص لا ينطبق على الأحوال المشابهة التى لم ينص عليها ، مع أن الواجب تطبيق النص عليها من طريق الاستنتاج بطريق القياس . وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا إذا كان النص خاصاً بحالة استثنائية ، إذ القاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه .

(٤) تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض : فمثلا

تكلم القانون المدنى القديم فى المنقولات وفى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فى المواد ٤٦ و ٨٦ و ٨٧ و ٦٠٧[1] ، فيجب تفسير هذه المواد معاً ، إذ أن تفسير كل مادة على حدة قد يبطل حكم الأخرى .

١٨٥ — طرق التفسير الخارجية :

قلنا إن المفسر قد يستند إلى عناصر خارجة عن التشريع حتى يتعرف نية المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد بالأعمال التحضيرية ، وبالعادات ، وأن يرجع إلى المصدر التاريخى للتشريع الذى يفسره .

حكمة التشريع : فتبيُّن حكمة التشريع معناه أن يتعرف المفسر العلة التى اقتضت الحكم ، فيفسر فى ضوء هذه الحكمة ألفاظا وردت فى التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك : أن القانون الجنائى يجعل « الليل » فى جريمة السرقة وفى جريمة إتلاف المزروعات ظرفاً مشدداً ، فما معنى الليل ؟ هنا يجب توخى حكمة التشريع ، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين فى الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعاً للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم فى جنح الظلام ، فيجب إذن تفسير « الليل » لا على أنه

---

(١) وها هى النصوص : م ٤٦ « ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سلمها ، إنما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقدا صحة الملك فيها للمسلم ، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة » .

م ٨٦ « يسقط حق الملك فى الشىء المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين » .

م ٨٧ « كل من اشترى شيئاً مسروقا أو ضائعاً فى السوق العام أو ممن يتجر فى مثل ذلك الشىء وهو يفقد ملكية بائعه له يكون له الحق فى طلب الثمن الذى دفعه من مالك الشىء الطالب استرداده » .

م ٦٠٧ « تثبت الملكية فى المنقولات فى حق كل إنسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » .

يبدأ من غروب الشمس وينتهى عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكى ، بل بمعنى الظلام ، وهذا هو الذى يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، إذا لم يكن الظلام قد خيم ، لا سيا فى فصل الصيف .

الأعمال التحضيرية Travaux Préparatoires : والأعمال التحضيرية هى مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان ، التى تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها[1] . وقد تكون للأعمال التحضيرية قيمة كبيرة فى تعرّف نية المشرع وتفسير الألفاظ المبهمة التى وردت فى التشريع وإزالة التناقض الظاهرى وتكميل الناقص ، فيلجأ إليها المفسر ليسترشد بها فى التفسير . على أنه مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فإنها لا تعتبر جزءاً من التشريع ، بل هى شىء خارج عنه يجوز فيه الخطأ . فإذا رأى المفسر رأياً خاطئاً مسجلا فى الأعمال التحضيرية ، فإنه لا يتقيد به عند التفسير ، بل يتركه إلى الرأى الصحيح الواجب الأخذ به طبقاً للتشريع الذى أمامه . مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة الإيضاحية للائحة المجالس الحسبية المصرية التى صدرت فى سنة ١٩٢٥ من الخطأ فى تعليقها على رفع سن الرشد من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة ، إذ قالت : « ومما لا حاجة لذكره أن الحكم المشار إليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء

---

(١) ويلاحظ ما سبق أن قلناه أن التشريعات المصرية (من مختلطة وأهلية) لم تؤلف لها لجان ، وإنما استقل بوضعها فرد واحد ولذلك فلا توجد لها أعمال تحضيرية ، ولذلك فكثيراً ما يرجع المفسر مضطراً إلى المصدر التاريخى . ولا يستثنى من ذلك إلا قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات ، فعند ما استبدلت بهما وزارة الحقانية قانونين جديدين فى سنة ١٩٠٤ أصدرت معهما تعليقات بينت فيها الغرض من النصوص الجديدة التى خالفت النصوص القديمة الموضوعة فى سنة ١٨٨٣ .

الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانوناً ، ولا يسوغ إرجاعهم تحت الوصاية »
وقد قدمنا أن القانون الذى يرفع سن الرشد يكون له أثر رجعى لأنه يعتبر من النظام العام أو بما له من الأثر المباشر طبقا للرأى الحديث ، ويترتب على ذلك أن الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة ، ولم يبلغوا سن الواحدة والعشرين يرجعون قصراً تحت الوصاية ، إلى أن يبلغوا سن الرشد الجديد ، خلافاً لما ورد فى المذكرة الإيضاحية . والمفسر يتعين عليه ألا يأخذ بالرأى الخاطئ الوارد فى المذكرة الإيضاحية ، بل يأخذ بالرأى الذى قدمناه .

العادات : للعادات أهمية فى تفسير القانون ، فهى التى تحدد نطاق بعض الحقوق ، كحقوق الملكية والجوار والارتفاق . كما أن العادات قد تساعد فى معرفة ما يعتبر من أعمال التسامح الذى لا يكسب حقاً ، وما لا يعتبر . كذلك قد يرجع إليها لتفسير عقود الأفراد وتكملتها عند ما يظهر من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قصدا الأخذ بها .

وقد أشار إليها القانون المدنى الملغى عند ما تكلم فى تفسير العقود فقال فى المادة ١٣٨ / ١٩٩ : « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها ، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى » .

المصدر التاريخى : كذلك يرجع المفسر إلى المصدر التاريخى للتشريع ، وكثيراً ما يرجع القضاء المصرى إلى هذا المصدر عند تطبيق النصوص . مثل ذلك : ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية (٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢) من أن حق الشفعة لا يورث . فإذا مات

الشفيع قبل الأخذ بالشفعة ، فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها . وقد رجع القضاء في ذلك إلى المصدر التاريخي للتشريع المصرى فى الشفعة ، وهذا المصدر هو الشريعة الإسلامية واختير الرأى الراجح فى المذهب الحنفى . وقد يصل القضاء فى الرجوع إلى المصدر التاريخي إلى حد تعديل النص الذى يفسره ، من ذلك أن المادة ٥٥٥ من القانون المدنى المختلط الملغى قضت بأن « قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت فى نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . وهذا النص صريح فى أن القسمة ناقلة للحق لا كاشفة له ، ومع ذلك فإن المحاكم المختلطة تقضى باطراد أن القسمة كاشفة للحق لا ناقلة له ، وترجع فى ذلك إلى المصدر التاريخي للتشريع المختلط فى هذه المسألة وهو القانون الفرنسى[١] .

المبحث الرابع

إلغاء التشريع

(Abrogation des Lois)

١٨٦ — التعريف :

إلغاء التشريع هو إبطال العمل به برفع قوته الملزمة ، سواء كان ذلك باستبدال نصوص أخرى بنصوصه ، أو بإبطال مفعوله دون سن تشريع جديد .

---

(١) وكانت تبرر المحاكم المختلطة تعديلها لنص المادة بأن المشرع المختلط قد زل قلمه ، وأنه لم يقصد وضع قاعدة مخالفة للقانون الفرنسى .

١٨٧ — السلطة التي تملك الإلغاء :

والسلطة التى تملك إلغاء القانون هى التى تملك سنه ، وقد رأينا التشريع متدرجا ، فنى القمة التشريع الدستورى ، ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستورى ، فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بالطريقة التى ينص عليها الدستور نفسه . على أنه إذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقاً لنظرية هوبز ، فإن السلطان الذى أصدره يملك تعديله و يملك إلغاؤه .

أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه فى يد هذه الهيئة .

وكذلك التشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى كذلك ، إذ تقضى المادة الرابعة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية : « لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول » .

فالقاعدة إذن أن القانون الدستورى لا يلغيه إلا قانون دستورى ، والتشريع الرئيسى يلغيه تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، والقانون الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى . ولكن التشريع الفرعى لا يلغى تشريعاً رئيسيا أو قانوناً دستورياً ، وكذلك التشريع الرئيسى لا يلغى قانوناً دستورياً . ومما تقدم يخلص أن التشريع يلغى تشريعاً فى قوته أو تشريعاً أدنى مرتبة ، ولكنه لا يلغى تشريعاً أقوى .

كذلك فإن التشريع يلغى عرفاً كما أن العرف يلغى عرفاً .

ولكن هل العرف وعدم الاستعمال يلغيان تشريعاً ؟

رأينا فيما سبق[١] أن هناك من الفقهاء من لا يسلم بأن العرف ينشئ قواعد قانونية ، مستندين فى رأيهم هـذا إلى مبادئ القانون الدستورى التى جعلت للسلطة التشريعية وحـدها حق سن وتعديل قواعد القانون ، وإذن يكون من البديهى فى رأى هؤلاء أن العرف لا يلغى التشريع . ولـكن جمهرتهم تعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون ، يخلق متى توفرت شروطه ، قواعد قانونية لا فرق بينها و بين القواعد التى تنشأ عن طريق التشريع ، و بذلك يقوم العرف إلى جوار المشرع ليسد ما يمكن أن يكون من النقص فى تشريعه . فهل يتمشى هؤلاء مع المنطق إلى نهايته فيقررون أن العرف وعدم الاستعمال يلغيان التشريع ؟ جوابهم عن ذلك بالنفى ، لأن اعتبارات من المصلحة العـامة تقتضى الاحتفاظ بالاحترام الواجب نحو التشريع وعدم السماح لمصدر آخر بتعديل أو إلغاء أحكامه .

ومن هذه الاعتبارات أن عدم الاستعمال ينشأ فى الغالب عن إهمال من جانب السلطة التنفيذية ، فنـكون بذلك قد أعطيناها سلطة إلغاء التشريع مخالفين فى ذلك حكم الدستور[٢] ، كما أن عدم الاستعمال قد ينشأ عن الجهل بأحكامه أو لاعتبارات سياسـية ، فضلا عن أنه من الصعب تحديد زمن عدم الاستعمال (متى بدأ ومتى استقر) ، وإذن فالقاعدة التى عليها جمهور الفقهاء والقضاء أن التشريع يظل سارياً ما دام أنه لم يلغ صراحة أو ضمناً بتشريع آخر ، فلا يلغيه العرف ولا عدم الاستعمال[٣] .

---

(١) راجع ص ٩٠ .

(٢) فقد حكمت محكمة مصر ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢٠٥ بأنه « لا محل للقول بأن قانون العقوبات قد سقط بعدم العمل به قصداً مدة طويلة مع وجود أحوال كانت تدعو إلى تنفيذه ، لأن القانون لا يلغى إلا بقانون مثله ، والحـكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بيدها إبطالها بعدم تنفيذها .

(٣) ولـكن الأستاذ جوسران (الجزء الأول ص ٧٢ ، ٧٣) يرد على هـذا الرأى بقوله : « إن من غير الملائم أن نتوقف فى منتصف الطريق ، فنعترف للعرف بقدرته على خلق =

ولهذا المبدأ فى فرنسا استثناءان على خلاف فى الرأى :

(الاستثناء الأول) لوائح البوليس : يميل كثير من الشراح إلى استثناء لوائح البوليس ، لأنه إذا أهمل تطبيقها مدة طويلة ينساها الناس ويكون من الخطر إعادة تطبيقها بعد إهمالها كل هـذه المدة . ولـكن محكمة النقض والإبرام الفرنسية قضت بأن لوائح البوليس لا تلغى بعدم الاستعمال .

(الاستثناء الثانى) القانون التجارى : وللعرف فى هـذا القانون أثر هام ، ولذلك فقد أجازت المحاكم الفرنسية إلغاء التشريع التجارى بالعرف بشرط ألا يكون التشريع متعلقاً بالنظام العام وبمصالح الدولة الأساسية[1] .

= قواعد قانونية تسد نقص التشريع وننكر عليه قوته فى الإلغاء . فقد أجازت المحاكم لبعض الأشخاص ، كالطلبة والجنود ، أن يعلنوا أمام قاضى محل وجودهم (simple residence) بالرغم من نص القانون الصريح (المادة ٥٩ مرافعات فرنسى) الذى يجعل الاختصاص لقاضى محل الإقامة (domicile) وحده . على أنه يلاحظ أن هناك سوابق تعزز وجهة النظر القائلة بإلغاء التشريع بعدم الاستعمال مدة طويلة .

أولا : التقاليد الرومانية كانت فى هذا المعنى .

ثانياً : جاء فى الخطبة الافتتاحية (discours préliminaire) للقانون المدنى ما يأتى : « هذه القوة الخفية ، العرف ، هى التى بفضلها تثأر الشعوب لنفسها بدون هزة ولا عنف من القوانين الرديئة ، وهى التى تحمى الجماعات من المفاجآت التى تعرض للمشرع والمشرع من نفسه » .

ثالثاً : القول بدوام التشريع وعدم إلغائه إلا بتشريع يؤدى بنا إلى نتائج غير منتظرة ، فالقانون المدنى الفرنسى يسمى فى الواقع من الأمر قانون نابليون بمقتضى الديكريتو الصادر فى سنة ١٨٥٢ ، والذى لم يلغ بعد . كذلك كل من يدخن يقع تحت طائلة القانون الجنائى بمقتضى الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٣٤ والذى لم يلغ حتى الآن ، ومع ذلك فقد ثبت العرف على تسمية القانون المدنى الفرنسى بالقانون المدنى ، وعندما أريد إقرار التسمية الجديدة رفض هذا الاقتراح بحجة عدم الحاجة إليه لاستقرار العرف على ذلك ، وكذلك ديكريتو عدم التدخين .

فلماذا إذن لا نعمم الحـكم ، ونجاهر دون خوف بالقول بأن عدم الاستعمال أو العرف على وجه العموم يلغى التشريع .

وفى هذا المعنى الأستاذ بيدان (Beudant) (انظر مقدمة بنكاز ص ٦٩) .

(١) ولا يكفى أن يكون التشريع المتصل بالنظام العام مما يحمى مصلحة خاصة كما فى حالة الفوائد المركبة ، فقد أباحت المحاكم الفرنسية حسابها لمدة تقل عن سنة ، وهى المدة التى ينص عليها القانون ، إذا جرى العرف التجارى على ذلك كما فى الحسابات الجارية .

أما فى مصر فلا خلاف بالنسبه للاستثناء الأول لصراحة نص المادة الرابعة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية : « لا يبطل نص من القوانين والأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول » . وعلى ذلك فلوائح البوليس كغيرها تظل قائمة حتى تلغيها لوائح أخرى .

وقد أكد القانون المدنى الجديد ذلك بقوله فى المادة الثانية منه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

أما بالنسبة للتشريع التجارى ، فالظاهر أن العرف وعدم الاستعمال يلغيانه متى كان نصه لا يتصل بالنظام العام .

١٨٨ — كيف يكون الإلغاء :

(أولا) بالنص : الإلغاء نوعان صريح وضمنى . فالإلغاء الصريح (expresse) يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعاً سابقاً ، وقد يصدر التشريع ولا يتضمن إلا إلغاء صريحاً لتشريع سابق ، دون أن يحل محله تشريعاً آخر ، مثل ذلك التشريع الذى صدر فى ٣٢ يوليو سنة ١٨٦٧ والذى ألغى الإكراه البدنى فى فرنسا . وقد يصدر متضمناً إلغاء صريحاً لتشريع سابق ومشتملا فى الوقت ذاته على تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذى ألغى صراحة القانون المدنى الذى كان معمولا به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدنى الذى كان معمولا به أمام المحاكم المختلطة فى يونيه سنة ١٨٧٥ وأحل محلهما القانون المدنى الجديد .

ومن صور الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع ذاته نصاً على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما فى التشريع الذى صدر فى مصر بشأن أجور المساكن

فى سنة ١٩٢١ ، فقد نصت المادة ٣٥ منه على أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٢ ، ثم تجدد العمل به حتى ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٥ .

أما الإلغاء الضمنى Abrogation Tacite ويسمى أحياناً النسخ ، فيكون بسن تشريع جديد لا ينص صراحة على إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه ، والقاعدة أنه إذا تضارب تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة فى القرآن الكريم ، وهى نظرية معقولة ، فما دام المشرع سن حكما يناقض حكما سابقاً فقد أراد أن يلغى ضمناً الحكم القديم . والإلغاء الضمنى لا يكون إلا بقدر رفع التنافر بين التشريعين ، فإذا أمكن التوفيق بينهما فلا إلغاء . وعلى ذلك فإذا كان أحدهما يتضمن قواعد عامة والآخر يتضمن استثناء من تلك القواعد فلا إلغاء إلا فى الحالة المستثناة ، أما إذا كان التنافر بينهما كلياً فالإلغاء شامل لكل نصوص التشريع القديم ، ومن أمثلة الإلغاء الضمنى الدستور الصادر فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ ، فقد ألغى العمل بالدستور الذى كان قائما وذلك بغير نص صريح .

وقد جرت العادة على أن تتضمن التشريعات الحديثة مادة تقضى بإلغاء كل ما كان مخالفاً لأحكام هذه التشريعات من التشريعات السابقة . وهذا احتياط لا فائدة من ورائه لأنه يقرر مبدأ الإلغاء الضمنى دون زيادة ، إذ أن هذه الأحكام تعتبر ملغاة وفقاً لنظرية الإلغاء الضمنى بغير حاجة للنص على ذلك .

(ثانيا) بعدم تحقق شرط يتطلبه الدستور لاستمرار سريان التشريع : قد يقع الإلغاء إذا لم يتحقق الشرط الذى يتطلبه الدستور لكى يستمر التشريع نافذاً . مثل ذلك ما حدث بالنسبة للتشريعات التى صدرت فى الفترة ما بين إيقاف الجمعية التشريعية فى سنة ١٩١٤ وبين تاريخ نفاذ الدستور ، فقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصرى على ما يأتى : « القوانين التى كان يجب عرضها

على الجمعية التشريعية بمقتضى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر بتاريخ ٢٨ ذى القعدة سنة ١٣٣٢ (١٨ أكتوبر سنة ١٩١٤) تعرض على مجلسى البرلمان فى دور الانعقاد الأول ، فإن لم تعرض عليهما فى هذا الدور بطل العمل بها فى المستقبل » . وكذلك المادة الحادية والأربعون من الدستور التى تجيز بشروط خاصة فيما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة حل مجلس النواب إصدار مراسيم لها قوة القانون ، فقد استوجبت عرض هذه المراسيم على البرلمان فى ميعاد لا يتجاوز الشهر من تاريخ اجتماعه التالى . فإذا لم تعرض على البرلمان فى ذلك الميعاد أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون .

(ثالثا) بتغيير الظروف : وقد يلغى التشريع تغير الظروف التى كانت قائمة وقت سنه . مثل ذلك الغاروقة فى مصر ، وهى نوع من الرهن الحيازى لا يجوز إلا فى الأراضى الخراجية ، وقد ألغى نظام الأراضى الخراجية منذ سنة ١٨٩٦ ، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضى فى مصر وأصبحت كل الأراضى المصرية أراضى ملك . وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالغاروقة (فبطلت المادة ٥٥٣ مدنى قديم وأصبحت قواعد الرهن الحيازى هى التى تطبق عليها) .

ملاحظة :

لا يعتبر من قبيل الإلغاء اتفاق المتعاقدين على حكم يخالف قاعدة قانونية مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين . فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية ، بل هى باقية تطبق على غيرهما ، بل وتطبق عليهما فى تعاقد آخر لم يستبعدا فيه أحكامها .

الباب الثالث

فروع القانون

(Classifications du Droit)

---

١٨٩ — تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص :

ينقسم القانون انقساما أولياً إلى قانون عام وقانون خاص . وضابط التمييز بينهما هو وجود الدولة ، باعتبارها صاحبة السلطان ، فى العلاقات التى ينظمها القانون ، وهذا هو القانون العام ، وعدم وجودها فيها ، وهذا هو القانون الخاص

فالقانون العام هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط التى تكون الدولة طرفاً فيها . فهو الذى ينظم علاقة الدولة بغيرها من الدول ، وهذا هو القانون الدولى العام ، وعلاقة الدولة بالأفراد من حيث تحديد نظام الدولة وسلطاتها ، وهذا هو القانون الدستورى ، ومن حيث إدارة المرافق العامة فى الدولة ، وهذا هو القانون الإدارى ، ومن حيث استقرار الأمن فيها ، وهذا هو القانون الجنائى . ففروع القانون العام إذن أربعة : القانون الدولى العام ، والقانون الدستورى ، والقانون الإدارى ويلحق به القانون المالى ، والقانون الجنائى ويلحق به قانون تحقيق الجنايات (أو قانون الإجراءات الجنائية) .

أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التى تنظم روابط الأفراد بعضهم بالبعض الآخر فى حياتهم العادية سواء كانت هذه الروابط روابط أسرة أو روابط مالية ، أو روابطهم بالدولة ، لا باعتبارها ممثلة للسلطان ، بل باعتبارها شخصاً

معنويا عاديا يدخل فى معاملات كالتى يدخل فيها الأفراد . وينقسم إلى قانون مدنى ، وقانون تجارى ، وقانون مرافعات ، وقانون دولى خاص (١) .

ونتكلم فى القانون العام ثم فى القانون الخاص فى فصلين :

الفصل الأول

القانون العام

Droit Public

١٩٠ — أقسام القانون العام :

مما تقدم يظهر أن القانون العام يشتمل على الفروع الآتية :

(١) القانون الدولى العام .

---

(١) وهناك تقسيم آخر لقواعد القانون ، وهو تقسيم القانون إلى قانون دولى وقانون داخلى . فالقانون الدولى هو الذى ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من دولة واحدة ، وينقسم بدوره إلى قانون دولى عام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى ، وإلى قانون دولى خاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين إلى دول مختلفة . أما القانون الداخلى فهو الذى ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة ، وينقسم إلى قانون عام وقانون خاص . فالقانون العام هو الذى ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها ، وينقسم إلى قانون دستورى وقانون إدارى وقانون جنائى . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة ، وينقسم إلى قانون مدنى وقانون تجارى وقانون مرافعات . فهذا التقسيم يقوم على ما يقع من العلاقات داخل الجماعة ، سواء أكان ذلك بين الفرد والفرد ، أم بين الفرد والدولة ، أم بين السلطات العامة فى الدولة ، وهذا هو القانون الداخلى بنوعيه من قانون عام وقانون خاص ، وما يقع خارج الجماعة إما بين الدولة المختلفة ، وإما بين أفراد من دول مختلفة ، وهذا هو القانون الدولى بنوعيه من قانون دولى عام وقانون دولى خاص . ولكنا نؤثر التقسيم الآخر (قانون عام وقانون خاص) ، لأنه أقرب إلى المنطق ، فالقانون الدولى الخاص ، وهو أحد فرعى القانون الدولى ، ما هو إلا فرع من فروع القانون الداخلى ، ولا يشترك مع الفرع الثانى من فرعى القانون الدولى ، إلا فى أنه يحمل فى تسميته كلمة « دولى » ، أما قواعده فهى من غير شك جزء من القانون الداخلى . يتبقى القانون الدولى العام ، وهو يدخل فى القانون العام بحسب الضابط الذى أشرنا إليه .

(٢) القانون الدستورى .

(٣) القانون الإدارى ويلحق به القانون المالى .

(٤) القانون الجنائى ويلحق به قانون تحقيق الجنايات .

ونتكلم فى كل فرع من هذه الفروع الأربعة فى مبحث خاص

المبحث الأول

القانون الدولى العام

Droit International Public

١٩١ — التعريف :

هو مجموعة القواعد التى تنظم روابط الدول بعضها بالبعض الآخر فى حالات السلم والحرب والحياد[١] .

١٩٢ — مسائل القانون الدولى العام :

لما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لا بد لكل دولة من أن تتصل بالأخرى ، فالعلاقات التى تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لا بد أن تنظم ، والقانون الدولى هو الذى يتولى تنظيمها . فحقوق الدولة فى السلطان ، وفى البقاء ، وفى المساواة ، وفى الملكية ، وفى القضاء ، أى فى كل ما يتصل بسيادة الدولة ينظمه القانون الدولى العام ، كما يبين أشخاص القانون الدولى من دول تامة السيادة ودول ناقصة السيادة . كذلك ينظم القانون الدولى العام ما يجرى بين الدول من

(١) ونرى أن يدخل أيضاً فى دائرة القانون الدولى العام القواعد التى تنظم الروابط ماين الأفراد المنتمين إلى دولة معينة وبين دولة أخرى أجنبية عن الأولى باعتبارها سلطة عامة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بحقوق الأجانب فى الدولة .

تعامل بطريق التمثيل السياسى والتمثيل القنصلى ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

فإذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالعلاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية إعلان الحرب والأسلحة التى يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق إنهاء الحرب ونتائجها وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب . أما الدول الأخرى التى لا تدخل الحرب فتكون علاقتها بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرع عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحرى وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

وقد تمخضت الحربان الأخيرتان عن هيئات دولية جديدة ، أهمها هيئة الأمم المتحدة (Nations Unies) ومحكمة العدل الدولية الدائمة (Cour Permenante de Justice Internationale) . فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التى تتبعها فى القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولى العام .

١٩٣ — مصادر القانون الدولى العام :

لا يزال القانون الدولى العام فى المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا فى حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلى من نقص فى وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلى بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أى على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء فى أن يكونا مصدرين له . أما الفقه

فقد بدأ منذ القرن السابع عشر ، فقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف هو الذى أسس القانون الدولى الحديث على مبادئ القانون الطبيعى ، وتعاقب بعده فقهاء القانون الدولى يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتغلغل فى القانون الدولى فى العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذى بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون إجبارياً ، وعهد بتأدية العدالة الدولية إلى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك إلى هيئات دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك فى العدالة داخل الدولة .

فالقانون الدولى العام يسير فى الطريق الذى سلكه القانون الداخلى . ولا يزال القانون الدولى ينقصه شيئان جوهريان توافرا للقانون الداخلى : (**الشىء الأول**) : هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول . فهذه الهيئة التشريعية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها فى هيئة الأمم ، إذ الهيئة ليست دولة فوق الدول ، بل هى مؤتمر دائمى تجتمع فيه الدول فى شىء من التنظيم والاطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة لهذا المؤتمر (وهناك ثلاث هيئات : الجمعية العمومية ، مجلس الأمن ، السكرتارية) مع بقاء الانضمام إلى هيئة الأمم ، والخروج منها اختيارياً موكولا إلى إرادة الدول أعضاء هذه العصبة . والدول إذا انضمت لا تلتزم بتشريع تسنه الهيئة إلا إذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو اتفاقية . (**الشىء الثانى**) : هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التى تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولى ، وذلك أنه لا توجد قوة دولية تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولى من الأحكام ، حتى ما ارتضته الدول من هذه الأحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات ، وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر ضروباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا الميثاق ، فإن هذه

العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة بكامل سلطانها .

على أنه إذا استمر تطور القانون الدولى ، وبقى مطرداً إلى حد الوصول إلى الهيئة التشريعية الدولية وإلى السلطة الدولية التى توقع الجزاء ، فالقانون الدولى فى ذلك الوقت لا يبقى دولياً ، إذ تكون الدول قد اندمجت فى ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذى ينظم ما بينها من روابط قانوناً دستورياً لا قانوناً دولياً .

١٩٤ — هل القانون الدولى العام قانون ؟

مما تقدم قد يمكن القول بأن القانون الدولى العام ليس قانوناً بالمعنى الصحيح ، وقد سبق أن قلنا إن هذا هو رأى الأستاذ أوستن (Austin)[1] ، فقد أنكر على القانون الدولى العام صفة القانون لعدم وجود سلطة تشريعية عليا تسن قواعده ، وسلطة تنفيذية تقوم على تنفيذها ، وبعبارة أخرى لأنها لا تحتوى على عنصر الأمر (command) الذى تقوم عليه نظرية أوستن . ولكن غالبية الفقهاء على العكس من ذلك يقررون أن القانون الدولى العام هو قانون بالمعنى الصحيح ، ويردون على الرأى الآخر بما يأتى :

(أولا) أن اشتراط مشروع أو سلطة عليا سياسية لوضع القواعد القانونية ليس لازماً ، فقد رأينا أن القانون الداخلى بدأ عرفا وعادات ، ومع ذلك لم ينكر عليه أحد صفة القانون .

(ثانيا) أما عن عدم وجود سلطة تنفيذية تنفذ قواعده ، وبعبارة أخرى عدم وجود الجزاء ، فهو اعتراض وجيه ، ولكن يمكن مع ذلك تلمس الجزاء الذى يوقع فى الحرب ، وإن كانت الحرب كوسيلة للحصول على الحق رجوع

---

(١) انظر ص ٣٥ من هذا الكتاب .

بنا إلى العصور الغابرة عندما كان الإنسان يحصل على حقه بالقوة ، فضلا عن أن الحرب ليست مضمونة العاقبة ونتيجتها فى صالح الدولة القوية ، وهى غالباً ما تكون المعتدية . فإذا استبعدنا الحرب فيمكن تلمس الجزاء فى مقابلة المثل بالمثل (répresailles) ، وفى الجزاءات التى تستطيع هيئة الأمم توقيعها على الدولة المخالفة.

وإذا كان ذلك لا يكفى فى الإقناع بأن قواعد القانون الدولى العام تعتبر قانوناً ، فيمكننا أن نستشهد بالقانون الداخلى وتطوره خلال القرون ، فقد نشأ عرفاً وعادات ، يطبق أحكامه محكمون ، وبعد ذلك تدرجت الجماعة فارتقت من المحكمين إلى المحاكم ومن العرف إلى المشرع ، وإذا كان القانون الدولى حديث العهد لا يتجاوز عمره أربعة قرون ، فمن السهل أن ندرك أنه لم يصل بعد إلى الدور الذى وصل إليه القانون الداخلى .

المبحث الثانى

القانون الدستورى

Droit Constitutionnel

١٩٥ — التعريف :

القانون الدستورى هو القانون الذى يقرر حقوق الفرد فى الدولة ، ويحدد شكل الدولة ، وينظم سلطاتها العامة ، ويبين علاقة هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الأفراد[١] .

(١) ونرى أن يدخل فى دائرة القانون الدستورى القواعد التى تحدد الشروط الواجب توافرها فى الأفراد حتى ينتموا إلى دولة معينة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية ، وذلك لأن القانون الدستورى هو الذى يبحث فى العناصر التى تتكون منها الدولة ، وأولها جماعة من الناس ، كما يبحث فى حقوق الفرد فى الدولة ، وهذه الحقوق تختلف بحسب ما إذا كان الشخص وطنياً أو أجنبياً ، فيجب أن يحدد من الوطنى ومن الأجنبى .

١٩٦ — مسائل القانون الدستوري :

يبحث القانون الدستورى فى حقوق الفرد فى الدولة . وتقوم الديموقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشتمل على الحرية الشخصية ، وحرية التملك وحرمة المسكن ، وحرية الرأى ، وحرية الدين وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء ، والمساواة فى التوظف ، والمساواة أمام التكاليف العامة .

ثم يبحث القانون الدستورى فى عناصر الدولة الأربعة (وهى جماعة من الناس ، وإقليم ، وتنظيم ، وسيادة) ، وفى شكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية أو جمهورية ، استبدادية أو ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو عهدية الخ) . فالمادة الأولى من دستور المملكة المصرية تنص « مصر دولة ذات سيادة وهى حرة مستقلة ملكها لايجزأ ولاينزل عن شيء منه وحكومتها ملكية وراثية وشكلها نيابى » .

ثم يحدد القانون الدستورى السلطات العامة[١] التى تتألف منها الدولة ؛ وهى السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . فيبين كيف تتألف كل سلطة منها ، والأعمال التى تقوم بها ، والصلات التى بين كل سلطة وأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالأفراد . فالسلطة التشريعية فى مصر يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس النواب والشيوخ (مادة ٢٤) ووظيفتها سن القوانين ، والسلطة

---

(١) وذلك بناء على مبدأ فصل السلطات المعروف ، ومقتضاه أن السلطات الثلاث يجب أن توكل إلى هيئات مختلفة مستقلة بعضها عن بعض . وكان مونتسكيو أول من استخلص هذا المبدأ وعرضه بوضوح فى كتابه « روح الشرائع » ، والسبب الذى قدمه لذلك والذى أثبتت الحوادث صحته هو « أن كل إنسان أعطيت له سلطة ينزع دائما إلى إساءة استعمالها » ، وإذن فلكى لا يقع تجاوز للحدود يجب أن نفصل كل سلطة عن الأخرى ، وأن تمنح كل منها الوسيلة للذود عن حقوقها من اعتداء السلطتين الأخريين ، وبهذا الوضع توقف كل سلطة السلطة الأخرى (Par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir)

التنفيذية يتولاها الملك بواسطة وزرائه (المادتان ٢٩ و ٦٠) ووظيفتها تنفيذ القوانين و إدارة المرافق العامة ، والسلطة القضائية وتتولاها فى مصر المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ومهمتها تطبيق القوانين على الأقضية التى ترفع إليها (مادة ١١٣ وما بعدها) .

ويلاحظ أن القانون الدستورى بالتحديد المتقدم يتسع حتى يشمل القانون الإدارى والقانون المالى والنظام القضائى . غير أن العادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستورى ، ويختص كل فرع منها بأبحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

١٩٧ — اختلاف الدساتير :

تختلف الدساتير ، فضلا عن اختلافها من حيث النظم والمبادئ ، من حيث مصدرها ، فمنها ما يصدر فى شكل منحة من الحاكم ، ومنها ما يصدر من جمعية وطنية ، ومنها ما ينشأ عن عادات وتقاليد كما هو الحال فى القانون الإنجليزى ، فقد تكونت قواعده على مدى عدة أجيال و بفضل ما اكتسبه البرلمان الإنجليزى من الحقوق فى منازعاته مع الملك . كما أنها تختلف من حيث طريقة تعديلها ، فبعضها ، و يسمى بالدساتير المرنة souples ، تجعل تعديل الدستور من اختصاص السلطة التشريعية العادية كغيره من القوانين ، والبعض الآخر ، وتسمى بالدساتير الجامدة (rigides) ، تجعل التعديل من اختصاص هيئة ينص عليها الدستور وتجتمع بطرق و إجراءات نص عليها .

١٩٨ — رأى أوستن فى القانون الدستورى :

سبق أن أشرنا إلى أن أوستن أنكر على القانون الدستوى ، كما أنكر على القانون الدولى العام ، صفة القانون ، لخلو قواعده من عامل القهر . وقد بينا أن

القانون الدستورى هو قانون بالمعنى الصحيح ، إذ أنه لا يخلو من هذا العامل بل هو فى هذا يفضل القوانين المعتادة التى تحوطها قوة الأمة بطريق غير مباشر متمثلة فى الشرطة أو فى الجند ، أما القانون الدستورى فإن قوة الأمة تحوطه بطريق مباشر ، وتهب للدفاع عنه إذا ما انتهكت حريته . ولذا فإن الدستور يعتبر القانون الأساسى فى الدولة ، ولا يصح أن يصدر تشريع يصطدم مع قواعده .

المبحث الثالث

القانون الإدارى

(ويلحق به القانون المالى)

Droit Administratif

---

١٩٩ — التعريف :

القانون الإدارى هو مجموعة القواعد التى تنظم حركة السلطة التنفيذية ، التنظيم الذى يوصى به الدستور وقوانين الدولة ، على وجه يبين للأفراد الوسائل القانونية التى تمكنهم من حمل السلطة التنفيذية على أداء واجبها وعدم تجاوزه أو القصور عنه . فهو فرع من القانون الدستورى يقتصر على السلطة التنفيذية .

وكثيراً ما يتداخل القانون الإدارى مع القانون الدستورى حتى يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاق كل منهما . وقد قيل للتمييز بينهما إن القانون الدستورى يصف الأجزاء المختلفة التى يتكون منها جسم الدولة وهى فى حالة السكون ، أما القانون الإدارى فإنه يصفها وهى فى حالة الحركة والعمل .

٢٠٠ — مسائل القانون الإداري :

يتناول القانون الإدارى تنظيم السلطة التنفيذية ، كما قدمنا . ومن الممكن أن تنظر إلى السلطة التنفيذية نظرتين : (النظرة الأولى) نظرة إلى شيء ثابت لا يتحرك ، فيُحلله إلى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) ، و(النظرة الثانية) نظرة إلى شيء يتحرك ويعمل فتُبين الوسائل التى يتذرع بها فى العمل (le point de vue dynamique) . وبحسب النظرة الأولى ، تحدد الهيئات الإدارية ، وهى الدولة فى القمة ، ويليها الهيئات الإقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى إدارتها . ويلاحظ أن هناك طريقتين للادارة ، طريق المركزية (centralisation) ، وبمقتضاه تتركز الإدارة فى يد الحكومة المركزية ، ولا تعطى للهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية إلا قسطاً ضئيلا من الاستقلال الذاتى ، وهذا هو الحال فى مصر ، وطريق اللامركزية (décentralisation) ، وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية والمجلس البلدية ، وهذه تكون ذات صفة شعبية انتخابية ، فتتمتع بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، وهذا هو الحال فى انجلترا . وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الإدارة من طريق موظفيها ، وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال إدارية ، والدولة فى قيامها بواجباتها تستعين بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث :

(١) الموظفون ، والقواعد التى تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية أو قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هى مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ، ومسئولية الدولة عنهم تجاه

الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف والموظفين .

(٢) الأعمال الإدارية ، وما هى طبيعة هذه الأعمال ، وكيف يميز بينها و بين أعمال السلطات الأخرى ، وما هى ضروب الرقابة عليها و بخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشئون المتعلقة بالأعمال الإدارية .

(٣) الأملاك العامة ، وكيف تحدد ، وما هى مميزاتها ، ولأى نظام قانونى تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما إلى ذلك من النظم التى تتبع فى الأملاك العامة .

٢٠١ — القضاء الإدارى :

تأخذ بعض البلاد بنظام الفصل التام بين السلطتين التنفيذية والقضائية . فمن يدعى حقاً قبل هيئة إدارية أو موظف من موظفيها بسبب عمل إدارى أوقع به ضرراً ، عليه أن يلجأ إلى القضاء الإدارى الذى تنشئه خصيصاً للنظر فى مثل هذه الدعاوى . ففرنسا مثلا تتبع هذا النظام حيث تقوم المحاكم الإدارية بالفصل فى كل المنازعات التى تقوم بين الحكومة ، بصفتها ممثلة للسلطان ، و بين الأفراد . وقد وضعت هذه المحاكم مع مرور الزمن مجموعة من القواعد الثابتة والضمانات[(١)] . فكل هذه القواعد والضمانات ، وعلى العموم كل ما يتصل بالقضاء الإدارى ، يدخل فى القانون الإدارى ، بل ويعتبر مسألة من مسائله الأساسية . ومن الدول مالا يفصل بين السلطتين فلا يوجد قضاء إدارى بالمعنى المعروف ، ويكون للقضاء العادى رقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، فكل المنازعات التى تقوم بينها و بين الأفراد تدخل فى اختصاصه . ولكن هذه الرقابة محدودة ، حتى لا تتعطل أعمال

---

(١) وقد حدث فى فرنسا أن اختطت المحاكم الإدارية الطريق أمام المحاكم العادية ، ولم تلبث هذه أن تبعتها فيه ، كما حدث بالنسبة لنظرية التعسف فى استعمال الحقوق وما يصح أن يحدث بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة .

السلطة التنفيذية . وقد كانت مصر من بين هذه الدول حتى فطنت أخيراً إلى الفائدة الكبرى التى يحققها الفصل ما بين السلطتين التنفيذية والقضائية ، فأنشأت مجلس الدولة (Conseil d'Etat) فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٤٦ ، وجعلته مكوناً من ثلاثة أقسام : الرأى والتشريع (وهذان لهما أصل سابق فى أقلام قضاء الحكومة وفى لجنة القضايا وفى اللجنة التشريعية) ، ومحكمة القضاء الإدارى وهى التى تضفى فى الواقع على المجلس ثوبه الجديد . وهذه المحكمة دعامة كبرى من دعامات الإصلاح الذى حققه المشرع فى العهد الأخير والذى كانت البلاد فى أشد الحاجة إليه .

والآن وقد أنشئت محكمة القضاء الإدارى فإن الأفراد والهيئات يستطيعون أن يلجأوا إليها يطلبون إلغاء أمر إدارى أو تعويضات عن ضرر أصابهم منه .

ملاحظة

يلاحظ أن القانون الإدارى ، بالرغم من أنه جزء من التشريع ، لا توجد له مدونة (code) شاملة لكل أحكامه . ولعل ذلك يرجع إلى أن قواعده تستعصى على التقنين ، لأنها كثيرة التغير ، إذ يجب دائما مسايرة التغييرات السياسية والتطورات المستمرة للحياة الاقتصادية والاجتماعية ، فضلا عن أن تشعب المواد التى يتناولها يجعل حصرها فى مجموعة واحدة عملا عسيرا .

القانون المالى (Droit Financier)

٢٠٢ — التعريف :

القانون المالى فرع من القانون الإدارى يقتصر من السلطة الإدارية على الناحية المالية منها ، فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

٢٠٣ — مسائل القانون المالى :

مسائل القانون المالى يمكن حصرها فى ميزانية الدولة ، وهذه تنقسم إلى دخل وخرج . والدخل له موارد متنوعة ، أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما تتقاضاه الدولة أجراً عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التى تملكها تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض إذا لجأت لها الدولة لسد عجز فى ميزانيتها أو لاستغلال مرفق من المرافق . والخرج هو ما تصرفه على المرافق العامة المختلفة التى تقوم بإدارتها ، وأهم هـذه المرافق الدفاع الوطنى ، والأمن العام ، والصحة ، والقضاء ، والتعليم ، والشؤون الاقتصادية .

المبحث الرابع

القانون الجنائى[1]

(ويلحق به قانون تحقيق الجنايات)

Droit Pénal

٢٠٤ — التعريف :

القانون الجنائى هو القانون الذى يبين الجرائم المعاقب عليها ، إذ لا عقوبة بغير نص ، وقدر العقوبة فى كل جريمة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهى عنها ، والتى إذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المجموع واستحق العقاب .

---

(١) ويقال له أحياناً قانون العقوبات (Droit Criminel) .

٢٠٥ — مسائل القانون الجنائي :

ينقسم القانون الجنائي إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص . ففي القسم العام ، أو قسم الأحكام العامة ، يبحث في الجريمة وأنواعها من جناية وجنحة ومخالفة ، ويبين أركان الجريمة من ركن مادي يستلزم ارتكاب عمل محرم أو شروعا فيه أو اشتراكا ، وركن أدبي يستلزم إرادة حرة وقصداً جنائياً وقت ارتكاب الجريمة ، ويبحث في المجرم غير المسئول ، إما لسبب مانع من العقاب كفقد الإدراك أو الإرادة ، وإما لسبب مبيح للفعل في ذاته كارتكابه تنفيذاً لحق أو أداء لواجب ، وفي المجرم المسئول مسئولية مخففة كالصغير أو مشددة كالعائد . ثم يبحث في العقوبة (وهي غالباً ذات حدين ، حد أعلى لا يجاوزه القاضي وحد أدنى لا ينزل عنه) وفي أنواعها ، وفي حالات تعددها ، وفي أسباب سقوطها .

وفي القسم الخاص يبحث في الجرائم الخاصة . وهذه إما جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمن الحكومة الداخلي أو الخارجي ، وجرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات ، وإما جرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، ومن هذه جرائم تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، وجرائم تقع على المال ، كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ، وجرائم تقع على العرض ، كالاغتصاب وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والقذف والسب ، ويبحث أخيراً في جرائم بسيطة تخل بنظام الحياة اليومية ، وهي المخالفات .

٢٠٦ — هل يمكن اعتبار القانون الجنائي من القانون الخاص ؟

يذهب بعض الكتاب إلى اعتبار القانون الجنائي فرعاً من فروع القانون

الخاص ، لأن الجريمة تصيب فى جل الحالات مصالح فردية . ويظهر مبلغ ما تحتويه هذه الفكرة من خطأ مما يأتى :

(أولا) أن ضرر الجريمة لا يقتصر على الأفراد بل يمتد إلى المجموع ، إذ أن بث الطمأنينة فى نفوس الأفراد وصيانة الأمن العام بعقاب المجرم ضرورة تقتضيها المحافظة على كيان الهيئة الاجتماعية ، فضلا عن أن هناك جرائم تصيب الدولة بالذات .

(ثانيا) أن القانون الجنائى يشغل جزءاً هاماً من نشاط الدولة ، إذ تقوم فيه الدولة بدور يفوق فى خطره وفى مداه ما تقوم به فى القانون الخاص ، فهى التى تتولى اكتشاف الجرائم وإثباتها والقبض على مرتكبيها ، وهى التى تباشر رفع الدعوى العمومية عليهم وتتعهدها أمام المحاكم الجنائية ، وهى التى تقوم أخيراً بتنفيذ العقوبات المحكوم بها عليهم تحقيقاً للغاية المقصودة منها فى المجتمع الحديث[1] .

(ثالثا) ليس للمجنى عليه أن يصفح عن الجانى إلا فى ظروف معينة يرى المشرع ما يبررها ، كما إذا رضى الزوج بمعاشرة زوجته الزانية فإن ذلك يمنع من توقيع العقاب أو تنفيذه .

قانون تحقيق الجنايات

أو قانون الإجراءات الجنائية

(Droit d'Instruction Criminelle)

٢٠٧ — التعريف :

قانون تحقيق الجنايات فرع من القانون الجنائى ، يبين الإجراءات التى

(١) انظر مقال الأستاذ على بدوى بك « أبحاث فى أصول الشرائع » مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة ص ٢١٢ .

تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائى ، كإجراءات التحقيق مع المتهم و إحالته على المحكمة و إجراءات محاكمته ، والأحكام الجنائية ، وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

٢٠٨ — مسائل قانون تحقيق الجنايات :

مما تقدم يظهر أن قانون تحقيق الجنايات يبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة إلى توقيع الجزاء ، فإذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هى السلطة التى تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومدى تفتش منزله ، ومتى تحبسه حبساً احتياطياً ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية المختصة إذا جمعت أدلة الإدانة ؟ ثم إذا أحيل المتهم إلى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هى القواعد التى تخضع لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هى الإجراءات التى تتبع فى المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال إلى محل الواقعة ، إن وجدت ضرورة لذلك ، وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع ، ثم إذا صدر الحكم بإدانة المتهم ، فما هى طرق الطعن فى هذا الحكم ، من معارضة واستئناف ونقض ، ثم إذا أصبح الحكم نهائياً ، فكيف ينفذ ؟ كل هذا يبينه قانون تحقيق الجنايات .

الفصل الثانى

القانون الخاص

Droit Privé

٢٠٩ — أقسام القانون الخاص :

ينقسم القانون الخاص إلى ما يأتى[1] :

(١) القانون المدنى ، وهو أساس القانون الخاص ، وإليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام .

(٢) القانون التجارى .

(٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٤) القانون الدولى الخاص .

وقبل الكلام فى هذه الفروع نلاحظ أن قواعد القانون الخاص قد تطبق على الدولة كما تطبق على الأفراد ، وذلك عند ما تتجرد الدولة من صفتها العمومية وتعتبر شخصاً معنوياً عادياً تستطيع أن تتملك أموالا كما يفعل الأفراد ، كما تستطيع أن تبرم عقوداً ، بأن تشترى بضائع أو تستأجر عمالا أو تؤجر بعض

(١) إلى جانب هذه الفروع الهامة قد توجد فروع أخرى تنفصل عن القانون الخاص ، القانون المدنى ، وتستقل بنفسها كالتشريع الصناعى والتشريع الزراعى الخ . وقد بلغت هذه التشريعات فى البلاد الغربية درجة كبيرة من الاستقلال ، إذ جمعت أحكامها المنتثرة بين شتى أجزاء القانون ، وأضيفت لها قواعد جديدة ، وصدرت بها مدونات (codes) . أما فى مصر فما زلنا فى دور التكوين ، فتشريع العمال ، الذى يرمى إلى تنظيم الرابطة ما بين العمال وصاحب المصنع وحماية العامل من مخاطر العمل ، لم يبلغ بعد شأواً كبيراً ، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الزراعى ، الذى يعنى بكل ما يمس الثروة الزراعية وإنمائها ، فليس لدينا منه سوى قانون الجمعيات التعاونية صدر فى سنة ١٩٢٧ . وإذن تبقى هذه الروابط محكومة بالقواعد التى تتضمنها القوانين الجديدة وبالقواعد المدنية حتى يأتى الوقت الذى تجمع فيه أحكام كل فرع من هذه الفروع .

أملاكها الخاصة أو تبيع بعضها الآخر ، إلى غير ذلك من التصرفات . فكل الدعاوى التى ترفع على الحكومة أو منها تدخل فى اختصاص المحاكم المدنيـة ، وهذه تساوى بينها و بين الأفراد .

المبحث الأول

القانون المدنى(١)

Droit Civil

٢١٠ — التعريف :

هو القانون الذى ينظم الروابط الخاصـة ما بين الأفراد فى المجتمع ، سواء كانت هذه الروابط روابط أسرة أو روابط مالية .

---

(١) ونرى من المناسب هنـا أن نتتبع معانى « القانون المدنى » فى العصور المختلفة : كان « القانون المدنى » عنـد الرومان ، ترجمة حرفية لمـا كان يسمى عندهم (jus civile) أى القانون الذى يطبق على الرومان دون سواهم ، والذى كان مقابلا « لقانون الشعوب » (jus gentium) الذى يطبق على الوطنيين والأجانب .

وفى القرون الوسطى كان يقصد « بالقانون المدنى» القانون الرومانى الذى جمعه جوستنيان مقابلا للقانون الـكنيسة الذى نما فى تلك العصور .

وبعد ذلك أخذ « القانون المدنى » معنى القانون الخاص المقابل للقانون العام ، وقد تم ذلك على النحو الآتى : كان القانون المدنى ، أى القانون الرومانى ، يشتمل على قواعد القانون الخاص والقانون العام ، ولمـا أبدت الدول الغربية تنفصل عن الإمبراطورية الرومانية ، لم يعد لقواعد القانون العام الرومانى أهمية فى نظرها ، لأن الدول الجديدة وضعت لنفسها قواعد جديدة وأقامت نظما سياسية مخالفة ، وبقيت الأهمية لقواعد القانون الخاص الرومانى ، يرجع إليه رجال القانون فى كل البلاد على السواء . وبذلك أخذ القانون المدنى معنى القانون بعـد أن كان يقصد به القانون الرومانى ، من عام وخاص ، لمدى عشرة قرون .

ولمـا جاءت الثورة الفرنسية وجدت هذا المعنى الجديد متعارفاً ، ولذلك فقد تكلمت الجمعيات السياسية عن القانون المدنى بمعنى القانون الخاص .

وأعقب ذلك مباشرة أن أخـذت تنفصل عنه ، لأسباب خاصة ، فروع ، فانفصل عنه القانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص وغيرها ، وبذلك أخذ « القانون المدنى » معناه المعروف فى الوقت الحاضر .

والقانون المدنى هو أصل القانون الخاص ، وما الأقسام الأخرى إلا فروع انفصلت عن أصلها ، فانفصل عنه القانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص ، وقوانين أخرى أقل من هذه أهمية ، كتشريع العمال والتشريع الزراعى . وما زال القانون المدنى ، بعد هذا الانفصال ، يعتبر أساس القانون الخاص ، وما زال يوصف بأنه الشريعة العامة عند أمة من الأمم (le droit commun chez une nation) وذلك :

(أولا) لأنه القانون الذى يطبق على جميع الناس دون استثناء ، فلا يستطيع فرد فى مجتمع أن يعيش بغير الدخول فى علاقات يحكمها القانون المدنى ، خلافا للفروع الأخرى فإنها لا تطبق إلا على طوائف خاصة وبالنسبة لبعض الأعمال التى يقومون بها (القانون التجارى) ، أو فى حالات معينة (القانون الدولى الخاص) ، أو لأنها متعلقة بالإجراءات (قانون المرافعات) .

(ثانيا) لأنه القانون الذى يطبق فى حالة سكوت أحد فروعه عن وضع قاعدة لحالة معينة .

٢١١ — تقسيم القانون المدنى إلى قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات :

القانون المدنى ينظر إلى الفرد ، وينظر إليه باعتبارين :

(أولا) باعتباره عضواً فى أسرة ، فتنظيم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى دائرة قانون الأحوال الشخصية .

(ثانيا) باعتباره عضواً فى المجتمع من حيث نشاطه المالى ، وتنظيم الروابط التى تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل فى دائرة قانون المعاملات .

والأحوال الشخصية يدخل فيها :

(١) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية ، أى الأهلية ، من أهلية وجوب وأهلية أداء .

(٢) تنظيم روابط الفرد بأسرته ، فالفرد منذ يولد ينتمى إلى أسرة معينة ، وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البنوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالإنفاق عليه ، وللولد حقوق فى الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج ، فعقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات من جانب كل من الزوجين ، والمهر ، والنفقة ، وفُرَق النكاح من طلاق وغيره ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) . ويدخل فى دائرة الأحوال الشخصية أيضا الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته ، ويلحق بالميراث الوصية ، كما يدخل فيها الهبة والوقف . هذه هى أمهات مسائل الأحوال الشخصية[١] .

أما قانون المعاملات فيمكن أن نركزه فى سلطة الشخص على المال . فيجب أولا تعريف المال ، ثم تقسيمه إلى أقسام متنوعة ، ملك ووقف ومباح . الخ .

ثم إن الشخص يتسلط على المال إما بطريق مباشر ، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العينى (droit réel) ، أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب له التزاماً ذا قيمة مالية فى ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصى (droit personnel) .

---

(١) أشارت المادة ٢٨ من اتفاقية إلغاء الامتيازات إلى مسائل الأحوال الشخصية فقالت : « تشمل الأحوال الشخصية : المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتاً » .

٢١٢ — القانون المدنى المصرى :

القانون المدنى المصرى ، لم يتناول إلا ما يدخل فى دائرة المعاملات . أما مسائل الأحوال الشخصية ، فنظراً لظروف مصر الخاصة ، فقد تركها إلى حكم الدين أو الملة مع أنها جزء أساسى من القانون المدنى . ومن هذا ترى أن ما يطلق عليه « القانون المدنى » فى مصر أقل بكثير مما يفيده هذا التعبير فى البلاد الأجنبية فى الوقت الحاضر .

والقانون المدنى المصرى الجديد (وهو يتكون من ١١٤٩ مادة) مبوب تبويباً منطقياً علمياً يساير فى الوقت ذاته الناحية العملية ، فجاء أكثر اتساقاً وأوثق ارتباطاً من تبويب القانون المدنى القديم . وقد كان هذا مقسما إلى أربعة كتب (الكتاب الأول فى الأموال والملكية وحق الإنتفاع وحقوق الارتفاق ، وفى أسباب اكتساب الملكية ، والكتاب الثانى فى التعهدات والعقود يريد بذلك الالتزامات ، والكتاب الثالث فى العقود من بيع وإيجار الخ ، والكتاب الرابع فى حقوق الدائنين ، ويتكلم فى الرهن والامتياز الخ) .

أما القانون الجديد فقد صُدِّر بباب تمهيدى ، لا مقابل له فى القانون القديم . يتناول مصادر القانون وتطبيقه من حيث الزمان ومن حيث المكان ، والشخصية طبيعية كانت أو معنوية ، وتقسيمات الأشياء والأموال .

ثم انقسم بعد ذلك إلى قسمين : أولهما للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والآخر للحقوق العينية .

وتفرع القسم الأول (الخاص بالالتزامات) إلى كتابين : عرض الكتاب الأول منهما للالتزام بوجه عام فتناول فى أبواب متعاقبة مصادره وآثاره والأوصاف التى ترد عليه وانتقاله من ذمة إلى أخرى وأسباب انقضائه وطرق إثباته . وعرض الكتاب الثانى للعقود المسماة فرتبها عقوداً ترد على الملكية (كالبيع والهبة الخ)

وعقوداً ترد على المنفعة (وهى الإيجار والعارية) ، وعقوداً ترد على العمل (وهى المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة) ، وعقوداً إحتمالية (كالتأمين) وختمها بعقد الكفالة .

وتفرع القسم الثانى (الخاص بالحقوق العينية) هو أيضاً إلى كتابين : أولهما للحقوق العينية الأصلية ، وهى الملكية وما يتفرع عنها من حق الانتفاع وحق الحكر وحق القرار وحقوق الارتفاق ، والكتاب الثانى للحقوق العينية التبعية وهى التأمينات العينية من رهن رسمى ورهن حيازة وحق اختصاص وحقوق امتياز .

المبحث الثانى

القانون التجارى

(ويلحق به القانون التجارى البحرى)

Droit Commercial

٢١٣ — التعريف :

هو القانون الذى يتخصص فى جانب من الحياة المدنية ، هى الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة والتجار فى نشاطهم التجارى .

٢١٤ — مسائل القانون التجارى :

يتناول القانون التجارى الأعمال التجارية والتجار ، فيضع القواعد التى تنظم حياة التاجر فى نشاطه التجارى ، من حيث الأعمال التى تعتبر تجارية ، ومن حيث الدفاتر والسجلات ، كما يبين أحكام الشركات على مختلف أنواعها ، والنقل التجارى ، والسمسرة والعمولة ، والأوراق التجارية (كمبيالات وسندات تحت الإذن وشيكات) ، وينتهى بفصل ينظم الإفلاس .

٢١٥ — سبب انفصال القانون التجارى عن القانون المدنى[1] :

والقانون التجارى كان تابعاً للقانون المدنى وانفصل عنه ، لأن التجارة تستلزم بطبيعتها السرعة فى إنجاز المعاملات و إعفاءها من القيود التى تقيد الأفراد فى معاملاتهم المدنية ، ولذلك اقتضى الحال وضع قواعد خاصة بالتجارة والتجار ، وهذه هى قواعد القانون التجارى . وهذه بعض الأمثلة :

(١) لا يجوز الإثبات ، كقاعدة ، بشهادة الشهود فى القانون المدنى إلا فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، فإذا زادت القيمة على ذلك وجب الإثبات بالكتابة (م ٤٠٠ من القانون الجديد ٢١٥ قديم) ، وهذا القيد لا يمكن قبوله بالنسبة للمعاملات التجارية ، ولذلك فقد أجاز القانون التجارى الإثبات بالدفاتر التجارية و بالبينة .

(٢) لا يمكن أن تتم حوالة الحق فى القانون المدنى إلا برضاء المدين الثابت التاريخ أو بإنذاره إنذاراً رسميا (م ٣٠٥ من القانون الجديد) ، وقد تحرر القانون التجارى من مثل هذا القيد وأجاز تداول الكمبيالات والسندات تحت الإذن والشيكات بمجرد التوقيع .

(٣) تجيز المادة ٣٤٦ فقرة ١٦٨/٢ من القانون القديم للقاضى إعطاء مهملة للمدين الذى لم تمكنه ظروفه من الوفاء بدينه وتقسيط الدين عليه ، أما فى القانون التجارى وهو يقوم على السرعة والثقة فشىء من هذا لا يقع ، و إنما يبادر الدائن إذا تأخر مدينه التاجر فى الوفاء بعمل بروتستو عدم الدفع Protêt لإعلان إفلاس التاجر و بيع أمواله ، مع المحافظة على حقوق الدائنين وتحقيق المساواة التامة بينهم ،

---

(١) وهناك نزعة ترمى إلى إعادة القانون التجارى إلى أصله القانون المدنى بعد أن تدخل على هذا الأخير بعض التعديلات الضرورية . أما القول بأن للتجارة قواعد خاصة فيرد عليه بأن أكثر الأمم تقدما فى التجارة ، وهى إنجلترا والولايات المتحدة ، لا تفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية .

وذلك بإقامة وكيل عام (سنديك) عن الدائنين والمدين يقوم بإجراءات عامة تعود فائدتها على كل الدائنين . و إذا كان القانون المدنى الجديد قد نظم حالة الإعسار (déconfiture) وهى الحالة المقابلة لحالة الإفلاس (faillite) فى القانون التجارى ، فإن تنظيمه للإعسار قاصر عن أن يجارى تنظيم القانون التجارى للإفلاس ؛ إذ لا يزال فى وسع الدائن أن يتخذ من الإجراءات الفردية ، مايراه فى مصلحته ، فضلا عن أنه ليس إجبارياً ، كما أنه خاضع لشروط وقيود تعتبر غاية فى الشدة إذا قيست بما هو عليه الحال فى القانون التجارى (راجع المواد ٢٤٩ — ٢٦٤ من القانون المدنى الجديد) .

٢١٦ — القضاء التجارى :

بعض البلاد ، كفرنسا ، تجعل للمسائل التجارية محاكم خاصة بها ، و بعضها تجعلها من اختصاص القضاء المدنى . أما فى مصر فإن المحاكم المدنية هى التى تنظر فى المسائل التجارية ، غاية الأمر أن المشرع استلزم اتباع إجراءات خاصة فى المسائل التجارية حتى يمكن الفصل فيها على وجه السرعة . كما أنه أنشئت فى العهد الأخير دوائر خاصة للمسائل التجارية .

ملاحظتان

الملاحظة الأولى : للعرف مجال كبير فى القانون التجارى ، إذ أن الكثير من قواعده يقوم على العرف الثابت بين التجار ، كما أن للعرف التجارى قوة تفوق قوة العرف فى المسائل المدنية ، إذ أنه قد يلغى التشريع خلافاً للعرف المدنى .

الملاحظة الثانية : بالنسبة لوجود صلة الأصل بالفرع بين القانون المدنى والقانون التجارى ، فإن القانون المدنى ، كما قدمنا ، هو الذى يطبق عند عدم وجود نص فى القانون التجارى . وقد أحال القانون التجارى صراحة على

القانون المدنى فى بعض الأحوال ، فتقول المادة ١٩ مثلا : « تتبع فى الشركات الأصول العمومية المبينة بالقانون المدنى ... » . كما أن القانون التجارى قد يؤثر بدوره على القانون المدنى فينقل عنه إذا ما ظهرت صلاحية بعض قواعده ، فينظم الإعسار المدنى على مثال الإفلاس التجارى كما فعل القانون الألمانى .

قانون التجارة البحرى[1]

(Droit Maritime Commercial)

٢١٧ — التعريف :

هو القانون الذى يتخصص فى جانب من الحياة التجارية ، وهى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحارة .

٢١٨ — مسائل القانون البحرى :

يتركز قانون التجارة البحرى فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون محلا لها (شراء السفن وتجهيزها) ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع والخسارات البحرية الخ .

والسبب فى وضع قواعد خاصة لمسائله ، يرجع من جهه إلى كبر قيمة السفينة وتعرضها لأخطار خاصة ، ولأنها من جهة أخرى ليست تحت رقابة صاحبها وقت استغلالها .

---

(١) لقانون التجارة البحرى مجموعة مستقلة فى كل من القانونين الأهلى والمختلط ، خلافا للقانون الفرنسى الذى أورد قواعده فى مجموعة القانون التجارى .

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

Droit de Procédure civile et Commerciale

٢١٩ — التعريف :

هو مجموعة القواعد التى تنظم الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

٢٢٠ — مسائل قانون المرافعات :

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية و بيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الإعلان (عريضة الدعوى) يوجهه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى . وعلى المدعى أن يثبت دعواه ، وطرق الإثبات مختلفة ، منها الكتابة والبينة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . فالإجراءات التى تتبع فى تحقيق الكتابة والطعن بالتزوير فيها ، وسماع الشهود وتحليف اليمين وانتداب الخبراء والانتقال إلى محل النزاع ، كل هذا يدخل فى دائرة قانون المرافعات .

وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد تعترى الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه المسائل ينظمها قانون المرافعات .

ثم إذا صدر الحكم ، قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن فى الحكم من معارضة واستئناف ونقض وغير ذلك يدخل أيضاً فى دائرة قانون المرافعات . ويدخل أخيراً فى هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

المبحث الرابع

القانون الدولى الخاص

Droit International Privé

٢٢١ — التعريف :

هو مجموعة القواعد العامة التى تبين (أولاً) القانون الواجب التطبيق من بين قوانين بلدين أو أكثر فى قضية بها عنصر أجنبى ، (وثانياً) المحكمة المختصة بنظر قضية يتنازع الاختصاص فيها قضاء بلدين أو أكثر .

فقواعد القانون الدولى الخاص ليست كقواعد غيره من القوانين بحيث تبين شروط مسألة بعينها أو تقضى بحكم معين فيها ، و إنما هو يدلنا على القانون الواجب التطبيق من بين قانونين أو أكثر والمحكمة المختصة من بين محكمتين أو أكثر ، للفصل فى نزاع ذى عنصر أجنبى . ولذا وصفت قواعده بأنها قواعد إسناد (أو إرشاد) .

٢٢٢ — مسائل القانون الدولى الخاص :

يبدو مما تقدم أن القانون الدولى الخاص يبحث فى مسألتين أساسيتين[1] :

---

(١) ويدخل بعض الكتاب مسألتين أخريين :

١ — مسألة مركز الأجانب أو حالة الأجانب (ويقصد بها معرفة ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق وما يمكن أن يتحملوه من تكاليف فى الدولة التى يوجدون على أرضها) . وقد أشرنا فيما سبق إلى أن هذه المسألة يصح أن تدخل فى دائرة القانون الدولى العام لأن هذه الحقوق والتكاليف إنما توجد بين الأجانب وبين الدولة باعتبارها سلطة عامة .

٢ — مسألة الجنسية (ويلحق بها الموطن والدين) لأنها تحدد فى كثير من الأحيان القانون الواجب الحكم به . وقد سبق أن أشرنا إلى أنها تدخل فى دائرة القانون الدستورى لأن هذا القانون يبحث أولا فى تكوين الدولة ومن مقوماتها جماعة من الناس ، كما يبحث فى حقوق الفرد ، فهو الذى يجب أن يحدد من الوطنى ومن الأجنبى .

(المسألة الأولى) فى تنازع محاكم عدة بلاد فى نظر قضية معينة فيها عنصر أجنبى ، فيبين متى تختص محاكم مصر مثلا دون غيرها بنظرها ، وماهى الإجراءات التى تتبع فى رفعها ، والمرافعة فيها ، وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها ، والأحكام الصادرة من محاكم دولة أخرى .

(المسألة الثانية) فى تنازع قوانين بلاد مختلفة ، فيبين القانون الذى يجب على المحكمة أن تحكم بمقتضاه فى قضية ذات عنصر أجنبى .

ونذكر أمثلة توضح ذلك :

١ — عمل إنجليزى متوطن فى فرنسا وصية أوصى فيها بعقار يملكه فى مصر إلى شخص معين ، ثم قام نزاع عند وفاة الموصى بشأن هذه الوصية ، بأن طعن الورثة فيها ، فأية محكمة تختص بنظر هذا النزاع ؟ هل هى محكمة جنسية الموصى (إنجلترا) أم محكمة موطنه (فرنسا) أمام محل محكمة العقار (مصر) ؟ وإذا عرفت المحكمة المختصة ، فأى القوانين الثلاثة تطبق ؟

٢ — أراد مصرى مقيم فى فرنسا أن يرهن منزلا له فى مصر لفرنسى ، أو أن يهبه له (وكل من الرهن والهبة عقد رسمى) ، فكيف يتم العقد ؟ وإذا قام نزاع بشأنه ، فهل تختص بنظره محاكم مصر أم محاكم فرنسا ؟ ، وإذا عرفت المحكمة المختصة فهل تطبق القانون المصرى أو القانون الفرنسى ؟

٣ — تزوج إيطالى من ألمانية ، ثم أراد تطليقها ، فهل تختص بذلك المحكمة الإيطالية أو المحكمة الألمانية ، وإذا ظهر أن المحكمة الإيطالية هى المختصة ، فهل تطبق فى قضائها القانون الإيطالى أو القانون الألمانى ؟

٢٢٣ — القواعد المتفق عليها فى القانون الدولى الخاص :

(١) فى مسائل الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية فى أكثر البلاد وقانون الموطن فى القليل منها (انجلترا) . مثل ذلك ، مصرى مسلم رفع دعوى طلاق

امرأته أمام محكمة فرنسية ، فالمحكمة الفرنسية تطبق فى هـذه الدعوى الشريعة الإسلامية ، قانون جنسية الزوجين[1] .

(٢) فى شكل العقود يطبق قانون محل العقد (Locus regit actum) . مثل ذلك مصرى كتب وصية فى فرنسا ، ثم عرض أمر صحة الوصـية على محكمة مصرية ، فالمحكمة المصرية تعتبر الوصـية صحيحة من حيث الشكل إذا توافرت فيها الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون الفرنسى ، وهو قانون المحل الذى كتبت فيه الوصـية . ويلاحظ أن هذه القاعدة متبعة منذ زمن طويل لأنها مما تقضى به الضرورة ، إذ قد لا يمكن خارج حدود الدولة اتباع الأوضاع التى يحتمها القانون الوطنى . على أنه يشترط ألا يكون الصرف القانونى قد تم تهرباً من أحكام القانون الوطنى ، فإذا سافر فرنسيان إلى انجلـترا بقصد أن يعقدا زواجهما فيها ، فإن هذا العقد يكون باطلا إذا ظهر أن التجاءهما إلى انجلـترا إنما كان للتخلص من أحكام القانون الفرنسى .

(٣) فى العقار يطبق قانون محل العقار . مثـل ذلك عقار فى فرنسا يملـكه مصرى ورهنه ، فإذا قام نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية ، فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسى ، وهو قانون محل العقار .

---

(١) وقد كانت مسائل الأحوال الشخصية أول استثناء لقاعدة إقليمية القانون اضطرت الدول إلى قبوله ، ذلك أن حكم الشخص بقانون غير قانونه ، تطبيقاً لإقليمية القانون ، الذى ينظم أحواله الشخصية والتى يعتبرها متعلقة بشخصه ومن ثم عزيزة لديه ، كان من شأنه أن يمنع الناس من النزوح إلى خارج بلادهم خشية خضوعهم لقانون غير القانون الذى ألفوه . وقد فطنت الدول فى النهاية إلى أن من مصلحتها التساهل نوعاً فى تطبيق قاعدة إقليمية القانون ، فقبلت استثناء أن يخضع الأفراد التابعون لدول أخرى فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية لقوانين بلادهم ، فى مقابل أن يخضع رعاياها فى الخارج لقانونها فى تلك المسائل . وحتى القرن الثامن عشر كان قانون الموطن هو الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، ومنذ ذلك الوقت أصبح قانون الأحوال الشخصية يتحدد بجنسية الشخص ، وانجلترا هى البلاد الوحيدة التى لم تخرج على القاعدة القديمة فلا زال قانون الموطن هو الذى يحكم تلك المسائل .

وقد جاء فى المادة الثالثة من القانون المدنى الفرنسى « العقارات ولو كانت مملوكة لأجانب يحكمها القانون الفرنسى » ، إذ أن العقارات تعتبر الأساس لثروة الأمة ، فكل الأحكام التى تبين ما هو العقار وكيف تكتسب ملكيته وكيف تنتقل ، وأنواع الحقوق التى ترتب على العقار ، وكيفية انتقالها الخ ، تطبق تطبيقاً إقليميا .

وتحرص أغلبية البلاد على تطبيق قوانينها المتعلقة بالعقار فى كل الأحوال حتى فى مسائل الميراث والوصية . أما فى مصر فقد سمح قانونها بتطبيق قانون جنسية المتوفى أو الموصى . ويلاحظ أنه وفقاً للنظرية الإيطالية التى سبقت الإشارة إليها ، فإن مسائل الميراث والوصية تخضع لقانون الشخص لا لقانون محل العقار .

(٤) فى القوانين الخاصة بأحكام العقود . القاعدة هى أنه يجب اتباع قصد المتعاقدين ، فإذا نصا صراحة على القانون الذى يرغبان فى تطبيقه احترمت إرادتهما ، وإلا فيرجع إلى ظروف المتعاقد ، وأول تلك الظروف اعتبار أنهما قصدا اتباع قانون محل العقد .

(٥) فى القوانين الخاصة بالاختصاص وإجراءات المرافعة والتنفيذ يتبع قانون البلد الذى يطرح أمام محاكمه النزاع ، وهذه نتيجة من نتائج إقليمية التطبيق .

ملاحظة :

يلاحظ أن قواعد القانون الدولى الخاص هى فى الواقع من الأمر قوانين وطنية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها تطبقها محاكم هذه الدولة ، كما تطبق أى قانون داخلى . فإذا ما أشارت هذه القواعد بتطبيق قانون أجنبى فليس معنى ذلك أن القانون الأجنبى يطبق لما له من السلطان ، وإنما يطبق لأن المشرع ، صاحب السلطان فى بلده ، يرى تطبيقه فى هذه الحالة تحقيقاً للعدالة .

فهرس تحليلي

صفحة

الكتاب الأول

فى القانون

صفحة

---

* انظر كذلك الهامش ص ٦٠ و٦١ .

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

* انظر إشارة إلى نظريات أخرى فى هامش ص ٢٣٤ — ٢٣٦ .

صفحة

تنبيـــه

وردت بعض أخطاء مطبعية قليلة يستطيع القارئ أن يتبينها ، فيما عدا ما جاء بصحيفة ٢٣٣ السطر الرابع ، فقد ورد ثلث التركة وصحته ربع التركة .

